Handbuch

des

Güter- und Erbrechts der Ehegatten.

Erste Abtheilung.

Handbuch

des

Güter- und Erbrechts

der

Ehegatten

nach dem

bayerischen Landrecht von 1756

in seiner heutigen Gestaltung.

Von

Dr. Julius Rau.

Erste Abtheilung.

München.
Math. Rieger'sche Universitäts-Buchhandlung.
1864.

Vorwort.

Lange vor Veröffentlichung der denkwürdigen Erörterung Roth's „über Codifikation des Privatrechts" im Archiv für praktische Rechtswissenschaft von Elvers *) war in dem Verfasser der Entschluß zur Reife gelangt, die Lehre vom Güter- und Erbrechte der Ehegatten nach dem codex Maximilianeus bavaricus civilis in seiner heutigen Gestaltung einer Bearbeitung zu unterziehen. Die gedachte Abhandlung Roth's bestärkte ihn in diesem Unternehmen und ermuthigte ihn, trotz mancher innern und äußern Schwierigkeiten, welche sich ihm entgegenstellten, bei demselben zu beharren.

Für denjenigen, welcher ein Partikularrecht zu bearbeiten versucht, macht sich vor Allem die Beschwerniß des ex vinculis sermocinari fühlbar, da ihm enge, unüberschreitbare Grenzen gesetzt sind. Möge hierin, in der Schwierigkeit des zu behandelnden Stoffes, sowie in der steten Rücksicht auf das praktische Bedürfniß, welchem zunächst gedient werden wollte, Entschuldigung dafür gefunden werden, wenn die Leistung hinter dem erstrebten Ziele zurückblieb. Das bayerische Landrecht entbehrt in den in Rede stehenden Lehren der Bearbeitung, obgleich ein volles Jahrhundert seit Kreittmayr's Commentation abgeflossen ist, ein Jahrhundert, reich an Fortschritten des sozialen Lebens und der Rechtswissenschaft,

*) Band VIII. S. 301 u. ff.

ein Zeitabschnitt von so beträchtlichem Umfange, daß wegen geänderter Rechtsanschauungen, Sitten und Verhältnisse die Auffassung des Gesetzgebers und Commentators uns nicht selten fremd geworden ist.

Die damals als geläuterte Doktrin sich darstellende communis opinio doctorum wurde inzwischen vielfach eine andere, die Gerichtspraxis auf neue Grundlagen gestellt, in der Litteratur und in den Sammlungen der Erkenntnisse neuer Rechtsstoff geboten. Der Verfasser hat es sich zur Pflicht gemacht, unablässig auf die Quellen, aus welchen er schöpfte, hinzuweisen und dankt insbesondere seinem verehrten Freunde, dem k. Notar, Herrn Dr. Friedrich Buchner hier, für die Bereitwilligkeit, mit welcher ihm derselbe seine gesammelten Erkenntnisse und praktischen Notate aus einer langjährigen, reichen Anwaltspraxis zur Einsicht und Benützung überlassen hat.

Die dem Umfange nach ungefähr gleich starke zweite Abtheilung, welche großentheils bereits zur Herausgabe vorbereitet ist, wird vorzugsweise die Succession der Ehegatten mit Einschluß der statutarrechtlichen Bestimmungen über die Beerbung kinderloser Ehegatten in München, dann aber auch die Kapitel von den vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung, von den Strafen der zweiten Ehe und von der Statutenkollision im Gebiete des ehelichen Güterrechts behandeln. Zur Erleichterung des Gebrauchs für den Praktiker soll derselben ein Sachregister beigegeben werden.

Der Verfasser ist sich bewußt mit schwacher Kraft redlich gestrebt zu haben und deßhalb erlaubt er sich, wohlwollende Beurtheilung angelegentlich zu erbitten.

Inhalt

der ersten Abtheilung.

Erster Abschnitt.

Das Dotalgut und die ehefräulichen Sondergüter.

Einleitung.

Zweiter Abschnitt.

Die gemeinschaftlichen Güter der Ehegatten.

Dritter Abschnitt.

Coobligation, Verträge und Schenkungen unter Ehegatten.

Erster Abschnitt.

Das Dotalgut und die ehefräulichen Sondergüter.

Einleitung.

Die Bestimmungen über die dos stehen im bayerischen Codex civilis an der Spitze des ehelichen Güterrechts und diese Stellung erklärt sich durch die Natur der Sache von selbst. Das Heirathgut ist das erste Object, welches bei Eingehung der Ehe in vermögensrechtlicher Beziehung in Betracht kömmt, nach dem Heirathgut wird schon vor Eingehung der Ehe gefragt. Die Bestellung und Paktirung desselben gehört zu den ersten rechtlichen Geschäften, welche sich an die beabsichtigte Ehe knüpfen und leider ist nicht selten bloß oder doch vorwiegend das Heirathgut Mittel nnd Zweck der Ehe selbst. Um die Lehre von der dos gruppiren sich aber auch alle jene Institute des ehelichen Güterrechts, die wir der römischen Rechtsbildung verdanken und von ihr überkommen haben. Das römische Recht, wie es zu Kreittmayr's Zeiten docirt wurde, spiegelt sich in unserm Codex civilis Th. I. cap. VI. §. 13, dem Sitze der Lehre vom Heirathgute, wider. Wir können öfter als in irgend einer andern Lehre zu den Quellen des römischen Rechts zurückkehren, um uns die nöthige Auskunft zu erholen.

In Bezug auf die Ordnung des Stoffes im gegenwärtigen Kapitel bemerken wir, daß wir uns zur Erleichterung der steten Vergleichung der Erläuterung mit dem Texte, soweit es ohne Zerreißung

des innern Zusammenhangs des Kapitels selbst möglich war, an die im Gesetzbuche eingehaltene Reihenfolge der Materien gehalten haben.

§. 1. Begriff der dos. Aussteuer.

Die Definition Kreittmayrs an der Spitze des §. 13 l. c. lautet: „Heirathgut oder Ehesteuer (dos) wird 1. genannt was dem Ehemann ausdrücklich unter diesem Titul und Namen zugebracht wird.“ Diese sich an ein äußerliches Merkmal klebende Definition, welche das Wesen der dos völlig unberührt läßt, verbessern die annot. ad h. l., indem sie bemerken, daß Alles, was der Mann in Ansehen der Ehe und ad ferenda matrimonii onera bekommt, das pflegt man sensu stricto et proprio ein Heirathgut oder dotem zu nennen. Die Erläuterung läßt erkennen, daß der Gesetzgeber durch die unglücklich gewählten Ausdrücke „unter diesem Titul und Namen“ nichts Anderes als die Absicht der Einbringung von Gütern in die Ehe durch die Frau oder durch einen Dritten für sie zum Zwecke der Ehe bezeichnen und sich hiemit an den römischen Begriff der dos halten wollte. [1]) Diese ganz bestimmte Absicht als wesentliches Merkmal der dos wird denn auch in den annot. ad h. l. „zweitens“ gefordert. Da von der Absicht bei der Frage der Bestellung der dos näher gesprochen werden muß, so genügt es hier auf den verwandten Begriff: Aussteuer des Nähern zu kommen. Man muß vor Allem einen weitern und engern Begriff unterscheiden. Im weitern Sinne versteht Kreittmayr (§. 13 l. c. achtens der annot.) als nomen generale sowohl die dos, als auch die Ausfertigung (apparatus mu-

1) Den römischen Begriff gibt prägnant Roth und Meibom kurhess. Privatrecht §. 106: „Als dos erscheint, was in der Absicht, damit zu den Lasten der Ehe für die Dauer derselben beizutragen, von der Ehefrau oder einem Dritten für sie vor oder nach Eingehung der Ehe dem Ehemann gegeben, versprochen oder letztwillig zugewendet wird.“ Aus dieser Definition, welche unzweifelhaft auch im bayerischen Landrecht als die im Sinne und Geiste des Gesetzgebers richtige erscheint, ergibt sich von selbst das von Arndts Pand. §. 395 verlangte Merkmal: daß die dos nach Beendigung der Ehe zurückzugeben sei, um nämlich sie von der Schenkung unterscheiden zu können. In den Worten: für die Dauer der Ehe liegt sowohl dieses als auch das weitere Merkmal, daß das Bestehen einer Ehe, welcher sie dienen soll, vorausgesetzt werde.

liebris) sammt den Hochzeitskosten, wie auch alle „elterliche Hülf" (subsidia paterna et materna) darunter (annot. l. c. sechstens.) In engerm Sinne werden von ihm Kleider, Weißzeug, Hausrath, Schmucksachen — die letztern bei Personen vornehmerer Stände — darunter verstanden. Heut zu Tage wird man diese von Kreittmayr bezüglich der Schmucksachen und des Silbergeschmeides gemachte Ausscheidung als antiquirt betrachten dürfen, da diese Gegenstände des Luxus allgemein und keiner Standesklasse ausschließend angehöriges Merkmal sind. Während bezüglich des weitern Begriffs nichts Besonderes hervorzuheben ist, da er mit dem der dos zusammenfällt, hat die Aussteuer im engern Sinne als instructus et apparatus muliebris bei den römischen und deutschen Rechtslehrern verschiedenartige Qualifikation erhalten. 2)

---

2) Manche und so am schärfsten Puchta Lehrbuch §. 414 nota d (IV. Aufl.) und in den Vorlesungen hiezu S. 277 wollen keine Unterscheidung zulassen, sondern ein für allemal die Aussteuer oder Ausstattung d. h. das was der Frau zu ihrer und des Hauses erster Einrichtung mitgegeben wird als in der Intention gegeben wissen, einen Beitrag zu den onera matrimonii zu bilden, weßhalb es als dos — für den Fall daß sonst nichts zum genannten Zwecke gegeben wurde — oder als Theil derselben — wenn noch außerdem eine dos gegeben wird — betrachtet werden soll. Glück Pand. Comm. Bd. XXIV. S. 434 — macht zwar einen Unterschied, indem er sagt, daß die die Aussteuer bildenden Kleider, Betten, Linnen, Hausgeräthe und Möbeln nicht ad sustinenda matrimonii onera gegeben werden, auch ihrer Natur nach sich nicht hiezu eigneten, deßhalb will er mit älteren Rechtslehrern sie dem Paraphernalvermögen zuzählen; allein gleichwohl legt er unter Berufung auf eine feststehende Praxis (Nota 8) ihr die Qualität der dos durchweg bei. Sintenis in seinem prakt. gem. Civilrecht Band III. §. 132 Nota 12 schließt sich dieser Auffassung nicht an. Er will bloß insoweit die Aussteuer der dos gleichgestellt wissen, als es sich um noch vorhandene, nicht aber insoweit es sich um verbrauchte oder durch ordnungsgemäßen Gebrauch verschlechterte Sachen handelt. Gleichzeitig gibt Sintenis zu, daß unter allen Umständen die Absicht entscheide, in welcher die Ausstattung dem Manne zugebracht wird. Für den Fall nun, daß diese Absicht nicht ausgesprochen und man auf die Interpretation des Geschäfts hingewiesen ist, sucht derselbe eine Anzahl von Unterscheidungen zu machen, die hier anzugeben keine Veranlassung sich findet. Uebereinstimmend hiemit äußern sich Mittermaier d. Pr. R. (VI. Aufl.) §. 392, der bemerkt, daß die römische praesumtio pro dote da nicht passe, wo entschieden durch die Lokalgewohnheit die Absicht begründet sei, für die erste Einrichtung des Ehestandes etwas zu geben. Im Züricher Privatgesetzbuche §§. 158 u. 159 ist in Uebereinstimmung mit der Ansicht des Redaktors desselben, Bluntschli in dessen

Kreittmayr unterscheidet die möglichen Fälle richtig in folgender Weise: 1) Die Aussteuer wurde ausdrücklich als Bestandtheil des Heirathsguts erklärt: annot. ad §. 13 Nr. 1.: „Der hiesige Landsbrauch rechnet sie nur alsdann zum Heirathsgut, wann sie als eine Besserung desselben ausdrücklich mit eingeschlagen ist.“ Nach der Theorie des bayerischen Landrechts über die Bestellung der dos ergibt sich hiebei von selbst, daß sie wie diese durch förmlichen Ehevertrag bestellt worden sein müsse, dann aber auch alle Privilegien der dos genieße. 2) Sie ist nicht in der für die dos vorgeschriebenen förmlichen Weise bestellt worden, dann gehört sie nach Ldr. Th. I. cap. VI. §. 21 tertio zum ausschließenden Eigenthume der Frau. Man kann die in der eben allegirten Stelle des Landrechts genannten Stücke, nämlich: End, Gebänd und Kleider das zu ihrem Leibe Gehörige, Schmuck und Kleinodien, die Aussteuer im engern Sinne, nicht zu den Receptizgütern rechnen, weil zum Begriffe derselben ausdrücklicher Vorbehalt des Eigenthums und der Verwaltung der Frau durch Geding gehört. Allein kraft des Statuts a. a. Orte ist hier der Eigenthums-, Besitzes-, Verwaltungs- und Nutznießungsvorbehalt gemacht.[3]) Anders verhält es sich 3) mit jenen Gegenständen, welche zu der gemeinen vermischten Hausfahrniß zählen, denen wir eine gesonderte Betrachtung zu widmen haben.[4]) Für den Praktiker ist eine

---

d. Privatrecht §. 152, zwischen dem Kapitalvermögen der Frau, dem Weibergut im eigentlichen Sinne (der dos) und der persönlichen Ausstattung der Frau mit Kleidern, Schmuck, Hausgeräthe (Mobilien) z. B. Betten, Kasten, Küchengeschirr u. s. w. unterschieden. Die Erläuterungen zu demselben von Bluntschli bemerken S. 145, daß hinsichtlich dieser Fahrhabe (im Gegensatze zum Kapitalvermögen) der Ehemann nur für die Herausgabe der noch vorhandenen Stücke hafte und für den Minderwerth des gebrauchten und theilweise aufgebrauchten Mobiliars keinen Ersatz zu leisten habe, während es der Frau freistehe, sich in dieser Beziehung durch besondere Verträge zu sichern oder eine Schätzung venditionis causa vor der Uebergabe vornehmen zu lassen, im Zweifelsfalle werde jedoch die geschehene aestimatio als solche taxationis causa d. i. als zu dem Zwecke geschehen angesehen, um für den Fall des Untergangs einen Maßstab zu erhalten. Dieser Ansicht können wir als vollkommen im Wesen der Aussteuer im engern Sinne begründet uns anschließen und sie ist auch die von Kreittmayr gebilligte.

3) Vgl. §. 26 unten.

4) Vgl. §. 43 unten.

präzise Begriffsbestimmung von hoher Wichtigkeit; man denke nur an die erheblichen Schwierigkeiten, welche die Restitution der dos ohne diese ihm bereiten kann, an die Schwierigkeiten im Falle des Concurses und des Zugriffes der Gläubiger gegen das Vermögen der Ehegatten. [5])

§. 2. Von der Verbindlichkeit zur Dotation.

Die Lehre von der Dotationsverbindlichkeit zählt zu jenen Partieen, in welchen die Kreittmayrschen Anmerkungen nicht unter sich und ebenso mit dem Gesetzestexte nicht durchweg harmoniren. Um so mehr wird hier es dringend nothwendig sein, die Prinzipien des römischen Rechts festzustellen, um von diesen aus zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen. Wenn wir vou der Verbindlichkeit eine dos zu geben sprechen, so haben wir hiebei nicht die in Folge eines Vermächtnisses entstandene im Auge, da hierüber besondere Bestimmungen gelten, welche einer gesonderten Betrachtung zu unterstellen sind, ebensowenig die Eigenthümlichkeiten der Bestellung der dos in Folge vertragsmäßiger Verbindlichkeit oder der Delictsobligation des Stuprators, sondern wir denken hiebei an die gesetzlich bestehende Dotationspflicht gewisser Verwandten.

Die gesetzliche Dotationspflicht des römischen Rechts ist in

---

5) Nach §. 12 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 hat die Ehefrau einen gesetzlichen Titel zur Erwerbung einer Hypothek wegen ihres bei Eingehung der Ehe oder während derselben eingebrachten Vermögens. Es versteht sich wohl nach der von uns entwickelten Ansicht von selbst, daß wir nicht der Aeußerung Lehners Lehrbuch des Hyp. Rechts Bd. I. §. 53 Ziff. 3 lit. a beitreten können, wonach die Ausfertigung, der instructus et apparatus muliebris, den Schutz des §. 12 nicht anzusprechen hat, sondern daß jene Unterscheidung auch hier zu machen ist, die für die Ausfertigung überhaupt gilt. Hiemit ist auch zu vergleichen v. Gönner in seinem Commentare zum Hyp. Ges. Bd. I. S. 200 lit. c., wo derselbe sagt, daß der gesetzliche Rechtstitel der Ehefrauen alle Ansprüche der Frau in Ansehung des Vermögens ohne Unterschied umfasse. Denn wenn G. auch an dieser Stelle zu weit geht und hinsichtlich des ehefräulichen Vermögens gar keinen Unterschied gelten lassen will, so ist doch eben nicht zu übersehen, daß es sich nach dem Gesetzestexte abgesehen von den nicht hieher gehörigen in §. 12 cit. speciell aufgeführten Fällen immer nur um eingebrachte Vermögenstheile, also nicht um die nicht eingebrachten Theile der Ausfertigung handeln kann.

das bayerische Landrecht übergegangen, welches nach dem Zeugnisse Kreittmayrs in den annot. zu §. 13 des 6. cap. Th. I. Nr. 1 hierin nur der allgemeinen Uebung folgt „welche die Dotation sowohl in als außer Deutschland fast allenthalben auf römischen Fuß gesetzt habe.“ Das persönliche Verhältniß der Verwandtschaft und zwar einer ziemlich enge begrenzten Verwandtschaft begründet eine gesetzliche Verbindlichkeit zur Dotation. Dieses Verhältniß fällt keineswegs mit dem zusammen, welches die Pflicht zur Alimentation begründet, obgleich die Verbindlichkeit zur Alimentation manchmal am zweckmäßigsten durch Dotation erfüllt und deßhalb dem richterlichen Ermessen freigestellt wird, auf Dotation loco alimentorum zu erkennen. Es kann eine Frauensperson eine dos begehren, die sich selbst zu alimentiren im Stande ist und das Gesetz ist bei seinen Bestimmungen nirgends in erster Linie von der Alimentationspflicht ausgegangen, um hienach die Dotationsverbindlichkeit zu bemessen. Die lex Julia de maritandis ordinibus führt nach der Notiz, welche Marcianus in l. 19 Dig. de ritu nuptiarum 23, 2 gibt, die Dotationspflicht auf die patria potestas zurück. Der Vater ist, ganz im Geiste jenes die Ehestiftung fördernden Gesetzes, gehalten der Tochter „conditionem (nubendi) quaerere.“ Wer aber seine in patria potestate befindliche Tochter nicht durch eine Ehe, oder, was allein ihr zumeist die Möglichkeit derselben gewährt, nicht mit einer dos versorgen will, soll dazu mittelst richterlicher Gewalt angehalten werden können. Hiemit übereinstimmend wird in l. 7 Cod. de dotis promissione V, 11 als *paternum* officium erklärt, dotes pro sua progenie [6]) dare. Allerdings läßt sich aus den beiden allegirten Hauptstellen, nicht minder wie aus der bemerkenswerthen l. 1 §. 10 Dig. si quid in fraudem patroni 38, 5, wo die Dotation als Werk der „pietas patris“ bezeichnet wird, die Verbindlichkeit nicht in Bezug auf Töchter beschränken, sondern findet nach den erstgenannten Gesetzestexten auch in Beziehung auf die Söhne Statt, allein da uns letztere Frage hier nicht beschäftigt, so mag hier bloß als Resultat bemerkt werden: die gesetzliche Dotationsverbindlichkeit ist eine auf der patria potestas oder doch auf dem engen Verwandtschafts-

---

6) progenies = rechtmäßige Nachkommenschaft.

und Pietätsverhältnisse beruhende, gegründet mit Rücksicht auf die vom Gesetzgeber gewollte Förderung der Ehen, deren Last zu tragen ihr Zweck ist, sie ist der Alimentationspflicht verwandt, ohne aus dieser zu entspringen oder mit derselben zusammen zu fallen. Das Einzelne wird sofort die Sache klarer machen, wobei wir unserem Zwecke entsprechend sofort die einzelnen Bestimmungen des bayerischen Landrechts in diesem Betreffe durchgehen wollen. Nach Landrecht Th. I. cap. VI. §. 13 quarto bis decimo sind „zum Heirathgut oder zur Aussteuer von Rechtswegen verbunden" 1) der leibliche Vater, 2) der Adoptivvater. Hiezu kommt noch der Stuprator. Von diesem ist jedoch nicht hier zu handeln, da dessen Verbindlichkeit als auf einem Delikt beruhend, in einem andern Kapitel des bayerischen Landrechts erörtert wird. Neben diesen primär Verpflichteten kennt das bayerische Landrecht die sekundäre Verbindlichkeit des „Groß- oder Urgroßvaters väterlicher Seits in Ansehen deren unter seiner Gewalt stehenden Enkeln oder Urenkeln." Erst in dritter Reihe, bei Ermanglung der primär und sekundär Verpflichteten, tritt, jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen die Mutter ein. Mit den aufgeführten Personen ist die Anzahl der gesetzlich zur Dotation verpflichteten Personen erschöpft. Bei der ersten Classe ist Folgendes hervorzuheben: der leibliche Vater ist nach dem Gesetze l. c. quarto von der Dotationsverbindlichkeit frei „wenn er unvermöglich, oder die Tochter nicht mehr in seiner väterlichen Gewalt, oder selbst genug bemittelt, oder eine rechtmäßige Enterbungsursache gegen sie vorhanden ist." Weitere Modificationen der Dotationspflicht durch Ldr. Th. I. cap. VI. §. 4, secundo, quarto und sexto sind am Schlusse des Paragraphen besprochen. Die Entscheidung darüber, ob die Töchter selbst bemittelt und ob der Vater unvermöglich sei, wird nach den später zu entwickelnden Grundsätzen über das Quantum der dos einer- und die faktischen Verhältnisse, welche durch das richterliche Ermessen zu würdigen sind, anderseits zu treffen sein, die rechtmäßigen Enterbungsursachen sind im Gesetze Ldr. Th. III. cap. 3 §. 17 geregelt.[7])

7) Der von Kreittmayr mehrfach allegirte Vanniza de jure dotium (Diss. des J. A. C. Straub) bemerkt in cap. II. §. 1 in fine: Et si pater absens sit et ignoretur, quando sit reversurus, judex competens etiam non rogatus juxta

Schwierigkeit macht die weitere Ausnahme, der Fall, daß die Tochter sich nicht mehr in der väterlichen Gewalt befindet. Nach Ldr. Th. I. cap. V. §. 7 u. Ldr. v. 1616 Tit. 3 Art. 2, dessen Bestimmung im neueren Landrecht nicht aufgehoben wurde, endigt die väterliche Gewalt über die Kinder (also Söhne und Töchter) 4. „wenn die Kinder sich von väterlicher Haushaltung so weit absondern, daß sie dem Vater nicht mehr auf dem Brod und Unterhalt stehen." Im ältern Ldr. a. a. O. ist hierüber gesagt: „Deßgleichen (endigt die väterliche Gewalt) wann der Sohn oder Tochter verheurat seyn und noch darzu einen aignen Rauch und Haußhalten haben oder auch da sie gleich nit verheurat seyn, aber dannoch mit ebenmässiger deß Vaters oder Vätterlichen Anherns Bewilligung ein aigen Haußhaben, Gewerb und Handthierung hetten und nicht mehr in ihres Vatters, Anherrns oder Uranherrns Underhaltung weren." Die Verehelichung des Sohnes oder der Tochter entscheidet sonach nicht, sondern es muß wie aus obigem Texte im ältern Landrecht klar hervorgeht und in den annot. Kreittmayrs zu Th. I. cap. V. §. 7 Nr. 5 ausdrücklich bemerkt wird, die separatio oeconomiae dazu kommen.

Hieraus würde sich ergeben, daß eine Tochter, welche durch separata oeconomia einmal der väterlichen Gewalt sich entzogen hat — und das wird gerade meist in jenen Fällen geschehen, in welchen der Vater sich weigert, eine dos zu geben und richterlicher Ausspruch hierüber provozirt wird, — daß also eine durch emancipatio saxonica aus der väterlichen Gewalt entlassene Tochter durch ihre Emanzipation auch den Anspruch auf Dotation — nicht den auf Alimente! — verliert. Allerdings will der Gesetzgeber a. a. O., daß die Eltern ihre Zustimmung zur separata oeconomia geben; allein er macht diese Zustimmung keineswegs zur Voraussetzung oder Bedingung der Endigung der väterlichen Gewalt, sondern läßt dieselbe durch die Thatsache des gesonderten Haushalts eintreten. Hat sonach die Tochter, welche von ihrem Vater nicht dotirt worden ist, geheirathet, so wird er der Klage derselben wegen Dotirung gleich-

---

vires paternorum bonorum et conditionem personarum dotem constituere potest et hoc judicis factum pater reversus ratificare tenetur. Sin pater sit furiosus vel prodigus, curator ejus nomine dotem constituere debet.

viel ob er zugestimmt habe, daß sie heirathe, separatam oeconomiam führe oder nicht, mit der vernichtenden Einrede entgegen treten, daß sie aus seiner väterlichen Gewalt durch die Gründung eines selbstständigen Haushalts geschieden sei und sonach sich des Rechts auf ein Heirathsgut verlustig gemacht habe. Die Tochter und resp. deren Bräutigam mußten sonach, um diese Einwendung abzuschneiden, vor der Hochzeit klagen. Allein hier sagen die Anmerkungen zu Nr. 14 u. 15 des §. 13. „Vor der Copulation hat die Klage pro dote niemals statt" und der Gesetzestext in Nr. 14 u. 15, der nur von einer dem Ehemanne eingeräumten Klage pro dote spricht, scheint mit dieser Bemerkung der Anmerkungen im vollen Einklange zu stehen. Der Widerspruch liegt sonach zu Tage; derselbe spiegelt sich wider in den nachstehend auszugsweise mitgetheilten Erkenntnissen des kgl. Appell.-Ger. von Oberbayern vom 21. Juni 1861 und des kgl. Ober-Appell.-Gerichts in München vom 8. November 1861. Das Erkenntniß des Appellationsgerichts von Oberbayern vom 21. Juni 1861 sagt in Uebereinstimmung mit der erstrichterlichen Entscheidung: „Abweichend von der Ansicht mehrerer Rechtslehrer des gemeinen Rechts, z. B. Berger oecon. juris lib. I. tit. 3 §. X not. 5 bestimmt nämlich das bayerische Landrecht in p. I. cap. VI. §. 13 Nr. 4, daß die gesetzliche Dotationspflicht des Vaters auch dann cessire, wenn die Tochter nicht mehr in seiner Gewalt steht oder selbst genug bemittelt ist. Die väterliche Gewalt geht aber durch die Verehelichung verloren, auch erläutern die Anmerkungen die obige Stelle dahin, daß, wenn der Bräutigam mit der Tochter bei Eingehung der Ehe ohne dos vorlieb nimmt und sich vorher des Heirathguts halber nicht vigilirt hat, der Vater der Dotationspflicht entlassen sein soll und beziehen sich ausdrücklich auf Leyser (oben alleg. Stelle), vgl. auch Gail obs. pract. lib. II. obs. 95 Nr 3, 6—7. Wenn nun auch den Anmerkungen zum Landrecht bekanntlich gesetzliche Kraft nicht zukommt, so bilden dieselben doch das vorzüglichste Interpretationsmittel insbesondere bei Entscheidung verschiedener Ansichten im gemeinen Rechte. Nach dieser Interpretation kann kein Zweifel sein, daß der oben erwähnte im Gesetzestexte angeführte Ausnahmsfall so zu verstehen ist, daß nach stattgefundener Verehelichung der Tochter eine dos vom Vater, wenn er vorher eine solche nicht wenigstens ver-

sprochen hat, klagend nicht gefordert werden könne." Gegen diese von beiden Vorinstanzen vertretene Ansicht sprach nun sich das Ober-Appellationsgericht im Erkenntnisse vom 8. Nov. 1861 — Bl. f. R.-A. Bd. XXVII. S. 408 — dahin aus, daß die Kreittmayrsche Ansicht in den Anmerkungen zu Th. I. cap. VI. §. 13 Nr. 2 — 9 unrichtig sei, daß dieselbe auf einer irrigen Ansicht Leyser's beruhend in der Litteratur ihre wohlverdiente Verwerfung erfahren habe. Das Vorliebnehmen des Bräutigams mit der Braut „ohne gehörige Vigilirung" vor der Ehe enthalte keineswegs einen Verzicht auf den Dotationsanspruch.

Das eben allegirte oberstrichterliche Erkenntniß stützt sich vorzugsweise auf die gemeinrechtliche Doktrin; vom Standpunkte des bayerischen Landrechts aus dürften die nachstehenden Erwägungen sich rechtfertigen:

In Landrecht Th. I. cap. VI. §. 4 secundo, quarto und sexto ist die Verbindlichkeit zur Dotation in folgender Weise modificirt: Wenn sich eine Tochter zwar standesgemäß jedoch mit Umgehung ihrer Eltern verehelicht, überdieß noch nicht das 25. Lebensjahr erfüllt hat, auch sich noch in väterlicher Gewalt befindet [8]) und endlich eine anständige von ihren Eltern ihr angetragene Heirath ausgeschlagen hat, so soll sie von den umgangenen Eltern bei deren Lebzeiten weder Heirathgut noch Förderung oder Heimsteuer fordern können. Würde aber die Tochter entweder bereits das 25. Lebensjahr überschritten, oder die väterliche Gewalt bereits verlassen oder von ihren Eltern bis nach zurückgelegtem fünfundzwanzigsten Lebensjahre keine andere anständige Heirath angetragen erhalten haben, so wird sie nach Maßgabe der Bestimmungen im allegirten Paragraphen secundo, quarto und sexto gleichwohl dotirt werden müssen, wenn sie auch den Consens der Eltern nicht zu der eingegangenen Verbindung erlangt hat. Das Gesetz supplirt also den elterlichen Consens, wenn die Tochter bereits vor Eingehung der in Frage stehenden nicht konsentirten Ehe die väterliche Gewalt verlassen hatte, oder wenn die Eltern sie „überreif" werden, d. h. das fünfundzwanzigste Lebensjahr überschreiten ließen,

8) Diese kann die Tochter vor Ablauf des 25. Lebensjahres ohne die Zustimmung des Vaters nicht verlassen, vgl. Anm. zu Ldr. Th. I. cap. V. §. 7 Ziff. 4.

ohne ihr eine anständige Heirath anzutragen oder gar sie an einer gegebenen derartigen Verbindung verhindert haben. Unmöglich können wir dem Gesetzgeber zumuthen, daß er gesagt habe: Ehe Du Tochter geheirathet haben wirst, sollst Du kein Klagerecht pro dote haben, sobald Du aber geheirathet haben und das praktisch hiemit zusammenhängende eigene Haushalten (separata oeconomia) gegründet haben wirst, sollst Du durch diese Handlung die actio pro dote verwirkt haben, durch dieselbe Handlung, welche eben erst die Klage pro dote entstehen läßt. Man muß sich dieser Consequenz wegen geneigt finden, anzunehmen, der Gesetzgeber habe in der oben allegirten Stelle l. c. quarto „die Tochter nicht mehr in seiner väterlichen Gewalt . . . ist" bloß den Fall im Auge gehabt, wenn bereits vor der Verehelichung die Tochter aus der väterlichen Gewalt und dem väterlichen Unterhalt entlassen war, nicht aber den Fall, wenn erst durch den Akt der Verehelichung die Entlassung aus der väterlichen Gewalt eintrat. Wir stimmen auch um deßwillen der Ansicht Glücks im Comm. Bd. XXV. p. 77 (vgl. das oben alleg. oberstrichterl. Erk.) bei, weil der Gesetzgeber, der eine actio pro dote gab, auf solche Weise sie nicht unmöglich machen und ihr den Boden unter den Füßen hinwegziehen konnte. Würde sich übrigens der Fall ergeben, daß die Tochter bereits vor der Verehelichung sich von dem väterlichen Haushalt abgesondert hat, dann ist nach den bestimmten Vorschriften des landesrechtlichen Texts der Dotationsanspruch verloren. In gleicher Weise wie die ebenberührte separatio germanica bewirkt auch die Emanzipation die Entlassung aus der väterlichen Gewalt und den Verlust des Dotationsanspruches.[9])

Für unstandesmäßige Heirathen sind an der allegirten Stelle des Landrechts Th. I. cap. VI. §. 4 neben den vorstehend bemerkten Strafen nur das Erbrecht betreffende also hier nicht weiter zu erörternde Strafen angedroht. Der durch Arrogation oder Adoption (ex rescripto principis) zum Vater Gewordene hat dieselbe Verbindlichkeit wie der leibliche Vater, da eben die patria potestas das entscheidende, verpflichtende Criterium ist, nicht aber der uneheliche Vater als solcher, welchem Dieses abgeht. Wenn der Vater verstor-

9) Vgl. Ldr. Th. I. cap. VI. §. 4 Nr. 2, 4, 6 mit cap. V. §. 7 Ziff. 3 u. 4.

ben, der Groß- oder Urgroßvater aber die Enkelin noch in seiner Gewalt haben sollte, so geht die Dotationspflicht auf diese Ascendenten mit der patria potestas über. Ldr. Th. I. cap. VI. §. 13 Nr. 5 und 6. Subsidiär verbindlich zur Dotation erscheint die Mutter. Wir haben hier wiederum es mit der ehelichen Mutter zu thun, denn die uneheliche kann wohl dotem loco alimentorum zu leisten verpflichtet sein, allein diese dos loco alimentorum ist eben nach den Grundsätzen über Alimentation und nicht nach denen über Dotation zu beurtheilen. Die bekannte gemeinrechtliche Bestimmung in l. 14. Cod. de jure dotium V, 12: Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa, pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem hat im bayerischen Landrechte eine eigenthümliche Umgestaltung erfahren. [10])

Im bayerischen Landrecht ist l. c. septimo bestimmt: „Die Mutter ist in subsidium nur alsdann hiezu verbunden, wenn die Tochter bereits fünf und zwanzig Jahr alt, oder von der Mutter sektirischen Religion zum wahren Glauben übergetreten ist." Während der Text des Landrechts die subsidiäre Verbindlichkeit auf zwei Fälle beschränkt, die noch dazu mit der l. 14 Cod. l. c. nichts zu thun haben, machen die Anmerkungen hiezu die Sache keineswegs klarer. Es wird in denselben die Geltung des römischen Rechts als Regel behauptet, während nach dem Wortlaut des Codex hievon keine Rede sein kann. Dieser hat eine neue Vorschrift eingeführt, denn die Bestimmung des römischen Rechts: ex magna et probabili causa ist doch jedenfalls viel genereller und etwas Anderes als die Vorschrift bezüglich des bereits überschrittenen Alters von 25 Jahren. Die zweite Vorschrift hinsichtlich des Uebertritts der Tochter von der Mutter sektirischen Religion zum wahren Glauben ist dem obenbemerkten Schicksale

10) Was man unter causa magna et probabilis verstehe, muß dem richterlichen Ermessen um so mehr vorbehalten bleiben, da gerade diese vom Gesetzgeber gewählte Ausdrucksweise auf das arbitrium judicis uns verweist. Hiemit sind denn auch die Rechtslehrer einverstanden, vgl. Glück Pand. Comm. Bd. XXV., S. 97. Puchta Pand. §. 397. Hasse ehel. Güterrecht S. 357. Seuffert Pand. §. 452: „so wenn das Lebensglück der Tochter auf dem Spiele steht." Die einzige lex specialiter expressa – l. 19 §. 1 Cod. de haeret. I, 5 ist unpraktisch.

der l. 19 §. 1 Cod. de haeret. verfallen, d. h. unpraktisch geworden. Die Anmerkungen harmoniren keineswegs mit dem Gesetzestexte. Nach ihnen ist die l. 14 Cod. de jure dotium als Regel zu betrachten, von welcher die Bestimmnngen des Gesetzestextes l. c. als Ausnahmen erscheinen. „Zwei Abfäll macht unser Codex dabei, wann nämlich die Tochter schon 25 Jahre hat oder von der Mutter irriger Religion zum wahren Glauben übergeht, welchen die Authores auch den Casum beisetzen, da die Mutter in communione bonorum stehet oder sonst evidens aequitas für die Tochter obwaltet." Die Regel scheint dem Gesetzgeber bei Abfassung des Textes in der Feder geblieben zu sein, da er eben nur „die Abfäll" aufgenommen hat; außerdem wollen die Anmerkungen, was die Verwirrung nur noch vermehrt, die evidens aequitas d. i. eben die magna et probabilis causa, also die Regel des römischen Rechts als weitere von den Autores zugelassene Ausnahme hereinbringen. Wir wissen in der That der heirathslustigen Tochter, die lediglich auf die mütterliche Dotirung angewiesen ist, keinen andern Rath zu geben, als bis zur Ueberschreitung des 25. Lebensjahres mit der Klage pro dote zuzuwarten. Hinsichtlich der mütterlichen Großeltern enthält der Codex nichts, die Anmerkungen wollen dieselben weiters subsidiar in demselben Maße wie die Mutter haften lassen, eine Ansicht, welche die Billigkeit ebenso wie die Analogie hinsichtlich der väterlichen Ascendenten für sich hat. Nicht dotationspflichtig sind nach ausdrücklicher Bestimmung des Codex 8vo die Geschwister. Die damals nach Zeugniß Kreittmayrs controverse gemeinrechtliche Theorie ist in dieser Beziehung in neuerer Zeit unserem Landrechte beigetreten. Daß eine selbst genug bemittelte Tochter von Niemand eine dos, die sie ex propriis bestellen könnte, zu fordern befugt sei, ergibt sich aus Landr. l. c. quarto per verba „oder selbst genug bemittlet." Man braucht übrigens keineswegs eine Selbstdotations**pflicht** der Ehefrau zu statuiren, welche Puchta Pand. §. 317 Nota g zu stark als „Absurdität" bezeichnet, sondern nur einfach zu sagen, daß gegenüber einer genug bemittelten Frau die Dotationsverpflichtung aller andern Personen cessire.

Hinsichtlich der **Erben** wird von Holzschuher Theorie und Casuistik des Civilrechts I. S. 519 (Aufl. I.) gelehrt, daß die gesetzliche Dotationsverbindlichkeit den Erben des Vaters oder väterlichen Großvaters

nur dann obliege, wenn der Vater oder Großvater die dos schon bei Lebzeiten versprochen habe. Zur Begründung dieser Behauptung wird auf l. 44 pr D. 23, 3 und l. 5 Cod. 5, 11 hingewiesen. Beide Stellen dürften aber das nicht erweisen, was sie erproben sollen. l. 44 pr. sagt: Si pater filiae nomine dotem promisisset, et eam ante nuptias emancipasset, non resolvitur promissio, nam et quum ante nuptias pater moreretur, nihilominus heredes ejus ex promissione obligati manebunt. Hier ist keineswegs gesagt, daß die Erben nur dann, wenn der Vater vorher eine dos zu geben versprochen habe, verbindlich seien, sondern bemerkt, daß trotz der Endigung der väterlichen Gewalt durch Emancipation der Tochter noch immer das Versprechen als Schuldgrund bestehe. Ebensowenig in dieser Stelle eine allgemeine Regel über den obigen Satz aufgestellt wurde, ebensowenig ist dieß in der allegirten Coderstelle der Fall. Dieselbe heißt: Si pro te pater marito tuo stipulanti promisit dotem, non tibi sed marito contra successores soceri competit actio. Auch hier ist nur nebenher von den Erben die Rede, gegen welche dem Ehemanne, nicht der Ehefrau, die Stipulationsklage eingeräumt wird. Wir kennen keinen Grund, warum gegen die Erben wegen Dotation nicht soll geklagt werden können, auch ohne daß eine bezügliche Stipulation des Erblassers vorher ging und müssen wohl auch, da die Dotationsleistung keine personalissima ist, es bei der allgemeinen Regel belassen, wonach Verbindlichkeiten des Erblassers auf die Erben übergehen.

§. 3. Gegenstände der dos.

Von diesem wird im Landr. Th. I. cap. VI. §. 13 Nr. 10 u. 11 gehandelt. Die Anmerkungen zählen, ohne eine erschöpfende Darstellung geben zu wollen, eine Reihe von einzelnen Gegenständen, die zur dos gegeben werden können, auf und verweisen hinsichtlich der usucapio pro dote suppositis reliquis requisitis auf die einschlägigen Coder- und Digestentitel. [11]) Besonders zu berühren ist der Fall,

---

11) Hasse, Güterrecht der Ehegatten nach römischem Rechte S. 248 u. ff. zählt folgende Fälle auf. Die Mehrung des ehelichen Vermögens um eine dos könne geschehen: 1) durch Tradition von Sachen, 2) durch Uebertragung dinglicher Rechte, so insbesondere des in den Quellen genannten usus fructus, 3) durch Aufhebung dinglicher Rechte, so insbesondere, wenn ein usus fructus, der an den Gütern des

wenn die Frau ihr ganzes Vermögen zur dos gibt, weil hier nach l. 72 Dig. de jure dotium 23, 3 die Schulden vorweg in Abzug kommen und weil ferner zu beachten ist, daß es sich hier um eine Universalsuccession nicht handle, da der Erwerb einer dos immer eine Singularsuccession bleibt. Die Lehre unseres codex civilis, daß die rechtliche Vermuthung für die aestimatio venditionis causa streite, wird von der gemeinrechtlichen Theorie unterstützt. [12])

Die Frage ob die dos taxationis vel venditionis causa gegeben sei, hat hohe praktische Bedeutung und muß von derselben in verschiedenen der folgenden Paragraphen noch die Rede sein.

§. 4. Aufhebung der gemeinrechtlichen Unterscheidung zwischen dos profecticia et adventitia.

Ulpianus in den Fragmenten VI. §. 3 lehrt: Dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit (oder auch ein väterlicher Ahne) adventitia quae a quovis alio data est. Dieser Unterschied ist von Bedeutung bei Gelegenheit des Rückempfangs der dos. V. Schmid sagt in der von Kreittmayr angefochtenen Stelle (Anmer-

---

Mannes besteht, demselben cedirt wird, 4) durch Hingabe einer Forderung, 5) durch den Verzicht auf eine Forderung, 5) durch den Verzicht auf eine Forderung gegen den Ehemann, 6) durch Repudiation eines deferirten also bloß möglicher Weise zu erwerbenden Rechts.

12) Glück Pand. Comm. Bd. XXV. S. 31 bemerkt hierüber: „Diese rechtliche Vermuthung ist schon in der Natur der Sache selbst gegründet. Dann die Bestellung einer dos ist ein Geschäft, welches schon an sich die Uebertragung eines Eigenthums zur Absicht hat. Da jedoch das Eigenthum, welches die Gesetze dem Ehemanne, außer dem Falle der Schätzung, an dem Heirathgute geben, nur ein an sich widerrufliches ist, so kann wohl bei der aestimatio rerum in dotem datarum keine andere Absicht angenommen werden, als die, daß dem Ehemanne durch die Schätzung ein vollkommenes und unwiderrufliches Eigenthum übertragen werden soll. Es erhellet dieses endlich noch deutlicher daraus, weil die Gesetze, wenn bei einer geschehenen Aestimation gleichwohl die dos in natura restituirt werden soll, deßhalb einen ausdrücklichen Vertrag erfordern. Dieser Vertrag wäre aber offenbar überflüssig, wenn im Zweifel angenommen werden müsse, daß die Schätzung bloß taxationis causa geschehen sei, weil die Natur einer solchen Schätzung ohnedem mit sich bringt, daß der Brautschatz nach getrennter Ehe in Natur zurückgegeben werden muß. Diese Meinung hat auch den Beifall der berühmtesten Theoretiker und Praktiker für sich" (schon der ältern s. Glück l. c. nota 88.).

kungen zu p. I. cap. VI. §. 13 Nr. 12 u. 13 in fine), daß ein pactum in praejudicium patris, wonach die Tochter eine vom Vater herrührende dos irgendwie ihm entziehen will, ungültig sei. Denn jus quod patri debetur (d. i. nach dem römischen Rechte) eidem per pactum filiae inverti non potest. V. Schmid ad tit. I. art. 1 Nr. 11. Derselbe spricht sich hier entschieden dafür aus, daß die gemeinrechtliche Regel „quod mortua filia dos profecticia revertatur ad patrem, tametsi illa liberos post se reliquerit“ noch in Geltung sei. Es wurde jedoch seither für das gemeine Recht die durch die Praxis eingeführte gegentheilige Meinung des Glossators Martinus die herrschende, daß bei der dos profecticia der Vater durch die Kinder ausgeschlossen werde. Anders im bayerischen Landrechte, welches ausdrücklich das römische Recht abgeschafft und bestimmt hat: „Der Unterschied inter dotem adventitiam vel profecticiam ist nach hiesigem Landsgebrauch aufgehoben, kann also der Vater das Heirathgut, welches von ihm selbst oder in Ansehen seiner von einem Andern gegeben worden, nach aufgelöster Ehe andergestalt als ex pacto vel jure hereditario nicht wiederum zurück fordern.“ Ldr. Th. I. cap. VI. §. 13 duodecimo.

§. 5. Von der Bestellung der dos.

Der Codex sagt hierüber in §. 13 l. c. Nr. 13: „Pflegt man solches (das Heirathgut) sowohl durch Geding und letzten Willen als mit Werken durch wirkliche Uebergab zu bestellen.“ Die dritte hier genannte Art der Bestellung: durch wirkliche Uebergabe, veranlaßt sofort einige Bemerkungen. Die bloße Uebergabe eines Gegenstands an den Ehemann ohne jeden weitern Vorgang dürfte um deßwillen zur Bestellung der dos nicht genügen, weil dieselbe ein Vermögen mit ganz bestimmtem Zwecke, mit beschränkter Verwendbarkeit ist. Wie bereits früher bemerkt wurde, ist gerade die Absicht des Gebers wie des Empfängers bei der Bestellung der dos das Wesentliche. Ausdrücklich oder auf irgend eine im Gesetze für zulässig erklärte Weise müßte gleichzeitig mit der „wirklichen Uebergabe“ die Zweckbestimmung des übergebenen Vermögenstheils erklärt worden sein. Sobald aber der Tradent eine solche Erklärung abgegeben, der Ehemann als Empfänger der dos sie acceptirt hat, dann kann man

nicht mehr von einer ausschließend durch Tradition geschehenen Dotirung sprechen, weil dann das pactum fertig ist. Die bloße Uebergabe der dos ohne jeden andern nebenher gehenden, die Zweckbestimmung ausdrückenden Vorgang will übrigens der cod. civ. selbst nicht als selbstständige Art, eine dos zu bestellen, ansehen. Als Beleg hiefür dienen die Stellen cod. civ. p. I. cap. VI. §. 29 Nr. 4 et in not. Nr. 4 in fine wonach ohne giltige Eheverträge „das eingebrachte Gut, wenn gleich ein vorläufiges pactum oder actualis illatio durch Gezeugen oder in anderweg erwiesen werden könnte, privilegia dotis weder in noch extra concursum zu genießen hat, sondern nur für ein paraphernum gehalten werden soll." Die actualis illatio soll hienach keine dos, sondern nur Paraphernalvermögen erzeugen. Durch dieses kann zwar der Zweck der dos erfüllt werden, aber es fehlen die Eigenthümlichkeiten, mit welchen das Gesetz die dos ausgezeichnet hat. Ebenso äußert sich Kreittmayr in den annot. ad §. 13 Nro. 1 „zweitens" an welcher Stelle er sagt, daß die Absicht eine dos zu geben, „aus dem Heirathsbrief oder sonst" zu erkennen sein müsse, widrigenfalls werde das eingebrachte Gut für ein paraphernale gehalten. Es muß also auch hienach noch ein Moment zur actualis illatio hinzutreten, das eben diesen animus dotandi klar stellt. [13])

Alles Vorerörterte zusammengefaßt geben wir 1) zu, daß aus der Natur der Sache sich nicht einsehen läßt, warum nicht auch die Bestellung der dos mittels Tradition und ausdrücklicher oder sonst

---

13) Kreittmayr beruft sich auf Lauterbach ad h. t. (lib. XXIII. tit. III. de jure dotium § 17 in fine), welcher bemerkt: Hinc quaeritur: an dos tacita voluntate constitui possit? Resp. ab initio vix fieri potest, nam licet marito res sint traditae, non tamen propterea dotales, sed paraphernales esse censentur. So ungenügend diese Begründung ist, ebenso mangelhaft ist die Motivirung des weiters in Bezug genommenen Hellfeld repertorium s. v. dos §. 14, wo gesagt wird: „tacite wird der dos niemals constituiret. Er ist eine Gattung von Donation und diese wird niemals leicht präsumirt." Falsch ist hiebei die Angabe, daß die dos eine species donationis sei und erklärt sich durch die falsche Theorie jener Zeit betreffs der donationes necessariae, zu welchen Hellfeld l. c. sub voce: Donation §. 14 folgende zählt: dotis constitutio, alimentorum et eleemosynarum praestatio, praestatio rerum suarum ad necessitates publicas u. s. w. Aehnlich äußert sich Kreittmayr in den annot. zu §. 23 zweitens, daß die dos immer „ein ausdrückliches Geding voraussetze.

deutlicher Erklärung des Tradenten, daß es sich um eine Uebergabe von Sachen zur dos handle und entsprechender Acceptation andrerseits, ein modus constituendae dotis sein solle. Glück Comment. Bd. XXV. S. 240, der übrigens sich in seiner Erörterung S. 232—240, wie schon die Aeltern thaten, zumeist auf jene Pandektenstellen stützt, welche die stillschweigende Redintegration der dos einer binuba betreffen und die daher unsers Bedünkens nicht ohne Weiteres hieher bezogen werden können, sagt am Schlusse seiner Auseinandersetzung übereinstimmend mit unserm Resultate zu 1): „Will man aber auch die Bestellung einer Brautgabe zu den Verträgen rechnen, so ist zwar an sich richtig, daß ein Vertrag nicht vermuthet werde, aber doch auch nirgends verordnet, daß die Bestellung einer Brautgabe immer namentlich und ausdrücklich geschehen müsse. Warum sollte sie nicht, wie jeder andere Vertrag, auch mit stillschweigender Einwilligung der Ehegatten geschehen können?“ [14]. [14a]) 2) Gemeinrechtlich ist jene constitutio dotis *re vel traditione,* welche Cujazius und viele

14) Hasse, Güterrecht der Ehegatten nach römischem Rechte S. 417 u. ff. wirft nach Voraussetzung der Regel, daß ein positiver Akt zur Bestellung der dos an sich hinreichend sei, sowie nach der weitern Voraussetzung, daß in der ältern römischen Zeit verba solennia auch bei der datio dotis unumgänglich nothwendig waren, die Frage auf, ob denn auch Wahrscheinlichkeit hinreiche, eine constitutio dotis nach stillschweigender Absicht anzunehmen. Zur Beantwortung dieser Frage durchgeht er S. 423 bis 440 die einzelnen faktischen Möglichkeiten und zwar unterscheidet er 1) den Fall, daß die Frau selbst dem Manne Sachen tradirt. Hier sei Anvertrauen, Schenken oder dos möglich. Hasse entscheidet sich dafür, daß hier für Anvertrauen präsumirt werden müsse, so lange dieses nicht ganz unwahrscheinlich sei. 2) Ein naher Verwandter der Frau, der durch das Gesetz oder die natürliche Pietät verpflichtet ist, die Frau zu dotiren, übergibt dem Manne Sachen in Bezug auf die Ehe. Hier sei Schenkung an die Frau und nicht an den Mann zu vermuthen (im Belieben der Frau stehe es, dieses paraphernum dann in dotem zu geben.) 3) Ein Fremder gibt dem Manne Sachen in Bezug auf die Ehe. Sobald einmal entschieden sei, daß dieß um der Frau willen geschah, so sei Schenkung an diese als paraphernum zu vermuthen. Wenn dieß aber nicht entschieden sei, dann müsse man eine Schenkung an den Mann präsumiren. Dagegen sei 4) ein bloß negatives Verhalten ungenügend zur constitutio dotis „es ist das juristisch unmöglich. Dictio promissio, datio dotis waren eigens ausgeprägte Akte, nimmt man auch bei der letztern die solennen Worte hinweg, so ist dabei doch unleugbar ein positives Verhalten zu denken.“ 14 a) Vergl. über die s. g. dos tacita: Bechmann im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts von Bekker und Muther. Bd. V. S. 271.

Andere ihm folgend sogar als einzige Art der Bestellung wollten gelten lassen, vollständig begründet, allein für das bayerische Landrecht können wir die Bestellung durch wirkliche Uebergabe, selbst dann, wenn sie von einer bloß mündlichen oder formlosen schriftlichen Erklärung begleitet wäre, nicht für genügend erachten. Nach den klaren Bestimmungen desselben ist zur Bestellung einer dos die Errichtung förmlicher Ehepakten unerläßlich.[15] Der Beschaffenheit dieser Eheverträge werden wir eine gesonderte Betrachtung zu widmen haben. Wenn nun aber die Eltern der Braut, irgend ein Dritter oder diese selbst gleichwohl dem Bräutigam Vermögenstheile unter der der dos eigenthümlichen Zweckbestimmung einbringen, so ist eben dieses Gut Paraphernal- nicht Dotalvermögen, es vertritt die dos ohne deren Privilegien zu genießen.[16]

Hier hat schließlich noch die Rede zu sein von der Bestellung der dos durch Vermächtniß. Das legatum dotis, nicht die dos praelegata oder relegata, haben wir hier zu besprechen. Das Landrecht p. III. cap. VII. §. 15 quinto bemerkt hierüber: „Das legatum dotis, welches nämlich der Ehefrauen nicht von ihrem Ehemann, sondern von einem andern vermacht wird, hat nicht nur die stillschweigende Bedingnuß an sich, wenn die Ehe erfolgt, sondern kann auch in unbenannter Summa vermacht werden, welchenfalls das Quantum von der Obrigkeit bestimmt wird." Die Bestellung der dos legata ist, um ins Leben zu treten, an jene Bedingungen geknüpft, unter welchen ein Legat wirksam wird. Sie ist aber außerdem auch noch an jene eigenthümlichen Voraussetzungen gebunden, welche der dos ankleben. Da die Bestellung der dos ohne den Zweck ad ferenda onera matrimonii zu dienen, nicht gedacht werden kann, so wird die Ehe vorausgesetzt, damit das legatum dotis wirksam werde; da endlich die Zweckbestimmung dem Richter die Möglichkeit an die Hand gibt, das quantum dotis zu bestimmen, so kann abweichend von der

15) Die von Kreittmayr öfters allegirte Dissertation von Bанniza de jure dotium (eigentlich J. A. E. Straub) bemerkt in cap. II. a. E.: hodie per universam fere Germaniam dotes per pacta dotalia constituuntur.

16) Uebrigens kann dieses durch Tradition dem Manne übergebene Gut nachträglich durch Errichtung von pacta dotalia zum Dotalgute werden.

Regel bei Legaten die dos auch als quantitativ unbestimmte legirt und die Festsetzung der richterlichen, an die Gesetze der Normirung der dos gebundenen Festsetzung überlassen werden. Die in den Anmerkungen zur alleg. Stelle Ziff. 2 berührten Fragen über die Transmission einer solchen dos, falls der Tod der Legatarin vor dem Erwerbe einträte, sind hier nicht zu behandeln. [17])

§. 6. Vom Quantum der dos.

Das Landrecht in Th. I. cap. VI. §. 13 Ziff. 16 ordnet an „daß solches von der ordentlichen Obrigkeit ex aequo bestimmt und hierbei sowohl auf das Vermögen des debitoris als den Stand des Ehemanns, hauptsächlich aber auf den Gebrauch und das Herkommen gesehen werden soll." Die Anmerkungen unterscheiden, ob die dos aus freiem Antriebe oder aus „Schuld und Nothwendigkeit" gegeben werde. I. Hinsichtlich der aus freiem Antriebe des Dotirenden bestimmten und vom Ehemanne acceptirten dos bedarf es keiner Bemerkung, denn ist dem Ehemann eine dos quantitativ bestimmt worden und hat, was freilich auch hieher gehört, derselbe sie acceptirt, dann ist — falls diese Acceptation vorbehaltlos geschah — die Frage der Dotation für erledigt zu erachten. Dann ist auch dem gegenüber die Forderung ausgeschlossen, welchem wegen seiner Verbindlichkeit zur Dotation eine größere dos als die gegebene hätte mittelst richterlicher Hilfe abverlangt werden können. II. Ein anderer Fall ist dann gegeben, wenn ein Dotalversprechen vorliegt ohne Bestimmung eines Quantums. Im römischen Rechte sind uns folgende Merkmale zur Bestimmung des Quantums gegeben: dignitas, facultates, numerus

17) Ueber den Akt der Bestellung einer dos durch Vermächtniß äußert sich Hasse a. a. O. S. 319 u. ff. in nachstehender Unterscheidung: Ist bloß der Frau auf den Fall, daß sie heirathen würde, oder indem sie geheirathet hat, die dos vermacht, . . . so ist noch keine Bestellung geschehen, denn nicht der Frau, sondern nur für sie kann bestellt werden: nach dem Legat muß nun entweder der Belastete dem Manne die dos konstituiren, oder er muß das Vermachte der Frau herausgeben, damit diese es dem Manne in dotem gebe . . . . anders gestaltet sich die Sache, wenn einem bestimmten Manne als gegenwärtigem oder künftigem Ehemanne der bestimmten Frau, aber dotis nomine, etwas vermacht wird. Hier liegt schon in dem Vermächtniß selbst die Bestellung."

liberorum debitoris; facultates, dignitas mulieris et mariti; l. 43 Dig. de leg III. l. 60 l. 69 §. 4. 5. D. de jure dotium 23, 3. Durchweg ist die dos nach dem arbitratus boni viri zu bestimmen und in l. 60 cit. ausdrücklich bemerkt, daß das Ausmaß insoweit zu geschehen habe, inwieweit es die Klugheit zulasse (quousque ratio patitur.) Da nun unser Landrecht ebenfalls diese Prinzipien aufstellt und Kreittmayr überdieß die allegirten Stellen l. 60 u. 69 in Bezug nimmt, so können wir die Anwendbarkeit der römischen Grundsätze um so unbedenklicher einräumen als „Gebrauch und Herkommen", auf welche nach der landrechtlichen Bestimmung vorzugsweise gesehen werden soll, uns im Stiche lassen. Es hat sich in dieser Beziehung ein Herkommen nicht gebildet, sondern eher läßt sich die Behauptung rechtfertigen, daß die quanta dotis nach den vielfältig vermehrten Erwerbsarten und Lebensverhältnissen verschiedener geworden seien. Es gibt weder Gebrauch noch Herkommen für das quantum dotis im Bürger-, noch im Bauern- und ebensowenig im Adelsstand. Die zu Kreittmayrs Zeiten in dem letztern angegebene allgemein übliche Summe von 3—4000 fl. ist ebensowenig allgemein üblich als irgend eine andere größere oder kleinere. Das aequum et bonum hat sonach noch eine weitere Ausdehnung als damals. Kreittmayr berührt auch den Fall, daß bezüglich des quantum dotis Familienverträge oder eine Familienobservanz bestehe, der uns hier nicht beschäftigt, denn der Satz: pacta dant legem, ebenso wie die gesetzliche Geltung der Observanz machen weitere Bestimmungen überflüssig. III. Wenn ein Versprechen zwar nicht vorliegt, die Dotationsverbindlichkeit aber gleichwohl außer Zweifel steht, dann finden dieselben Regeln Anwendung. IV. Verschiedene Fragen, welche bei der Ausmessung des Quantums der dos entstehen, beantworten sich durch die Rücksicht auf den Charakter und den Zweck derselben. Man kann fragen, ob auch jener Ehemann, welcher selbst mehr als genügendes Vermögen für die Lasten der Ehe besitzt, eine dos von dem minder bemittelten Vater ansprechen könne? Diese Frage ist zu bejahen, denn die Dotirungspflicht einerseits cessirt nicht wegen dieser relativen Minderbemitteltheit, anderseits kann auch dem reichen Ehemanne ad ferenda onera matrimonii der im Gesetze als dos bezeichneten Beitrag der Ehegattin nicht abgesprochen werden, da nirgends ihm aufgelegt ist,

diese Lasten ausschließend auf seine Schultern zu nehmen. Ebenso wenig darf das Quantum der dos deßhalb ungebührlich in die Höhe geschraubt werden, weil die Frau oder deren Vater sehr bemittelt sind und die Lasten der Ehe leicht durchweg zu bestreiten vermöchten. Der Charakter der dos und der Zweck derselben als Beitrag zu den Lasten der Ehe sind immer im Auge zu behalten und den oben bemerkten, vom Gesetze zur Berücksichtigung vorgeschriebenen Momenten dabei die gebührende Beachtung zuzuwenden.[18]) Eine andere Frage ist die, ob alle Töchter Eines Vaters gleiche dos erhalten sollen. Diese Frage hat Kreittmayr in den annot. l. c. richtig verneint. Wir brauchen nach dem Motive der Verneinung nicht lange zu suchen, wenn wir erwägen, daß eben die verschiedenen zusammenwirkenden Faktoren auf Seite des Gebers und Empfängers, insbesondere facultates und dignitatis mariti, auch mit Rücksicht auf die Töchter ein und desselben Vaters sehr ungleich sein können. Unter dignitas mariti muß man sich hiebei die Lebensstellung des Ehemannes in ihrer Totalität denken. Auch das Maß des Pflichttheils schlägt für die Beurtheilung des quantum dotis nicht an, da jenes absolut bestimmt ist und lediglich nach dem Vermögen des Erblassers geregelt wird.[19])

§. 7. Dominium civile des Ehemanns an der eingebrachten dos, dominium naturale der Ehefrau. Besitz der dos.

Was das dominium an der dos betrifft, so unterscheidet Kreittmayr das dominium civile vom naturale. Das dominium civile

18) Vgl. Hasse a. a. O. S. 352 u. ff. Die auf Bestellung einer dos in einem bestimmten Betrage gegen den Vater klagende Tochter hat die faktischen Voraussetzungen, insbesondere die bestrittene Größe des väterlichen Vermögens zu beweisen und ist ein Antrag auf deßfallsige gerichtliche Inventarisation unstatthaft. Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. X. S. 453.

19) Hier ist des von Kreittmayr erwähnten deutschen Rechtssprichworts zu gedenken: Reiche Weiber machen arme Kinder. Hillebrand in seinen deutschen Rechtssprichwörtern S. 128 will dasselbe auf ein spezielles Rechtsverhältniß adeliger Wittwen in Sachsen hinsichtlich des Leibgedinges derselben bezogen wissen, Kreittmayr weist richtig auf die Bestimmungen des Dotalrechts hin, wonach das Quantum der dos die Grundlage für die Bestimmung der Widerlage und des Wittums bildet und hat somit dieses Rechtssprichwort keineswegs eine bloß für Sachsen geltende spezielle, sondern allgemeine Bedeutung, überall da, wo die Grundsätze des römischen Dotalrechts praktisch geworden sind.

ist es, welches der Ehemann erhält und wodurch ihm alle Klagrechte, sowohl petitorische als possessorische bezüglich der Dotalsachen neben dem erwähnten Früchtegenuß zustehen. Hieraus folgt, daß der Ehemann nicht erst die Einwilligung der Ehefrau für Klagestellung bezüglich der Dotalsachen einzuholen braucht, sondern sogar gegen deren Willen verfahren kann. Das dominium naturale, welches der Frau verbleibt, wird von Leyser, auf welchen sich Kreittmayr bezieht, in Spec. CCCII. §. 3 folgender Maßen geschildert: . . duo efficiantur dotis domini in solidum, maritus scilicet l. 13 §. 2 de fundo dot. et uxor l. 30 Cod. de jure dotium, non tamen uno eodemque modo. Maritus enim dominium in re dotali revocabiliter tantummodo et in exercitio sine potestate tamen alienandi consequitur; uxor contra idem illud, quod jam tum habuit, dominium in quiete retinet, ejus exercitio tantisper, usque dum solutum fuerit matrimonium suspenso. Vollständig im Einklange hiemit befindet sich die neuere Jurisprudenz, welche der Frau während der Ehe das bloße Eigenthum der Substanz nach, ohne Wirksamkeit, dem Manne hingegen das bürgerliche Eigenthum an dem Heirathsgute, das heißt das ausschließliche Recht zur Ausübung der in dem Eigenthume über dasselbe enthaltenen Rechte einräumen, so insbesondere die rei vindicatio, actio publiciana, die Possession und die possessorischen Klagen, die condictio ob injustam causam, selbst gegen die Ehefrau, das Recht, die Forderungen einzutreiben, das Recht der Veräußerung (Grundstücke ausgenommen), das Recht der usucapio titulo pro dote, wenn er fremde Sachen in gutem Glauben als Heirathgut empfing, so wie die accessio possessionis, der aktiven wie passiven Prozeßführung.[20])

Was accessiones der Dotalsachen anbetrifft, so kömmt bloß die possessio und die Benutzung dem Ehemanne zu; sie unterscheiden sich aber darin von den fructus der Dotalsachen, daß sie nicht wie diese dem Manne verbleiben, sondern der Frau gehören, deren dos durch sie der Substanz nach vermehrt wird.[21]) Ein im Dotalgute gefundener Schatz gehört nach Ldr. Th. II. cap. III. §. 4 zu zwei

20) Auch die Confusion bestehender Servituten gehört hieher, vgl. Glück Pand. Comm. Bd. XXV. S. 143 und 149 u. ff.

21) Glück a. a. O. S. 117.

Drittheilen dem Fiskus, zu Einem Drittheile dem Ehemann — doch jedenfalls nicht anders als wie der fundus selbst, denn der Schatz ist als accessio zu betrachten; er kann deßhalb benützt, muß aber mit der Hauptsache zurückerstattet werden. Das dominium civile, d. i. das wirksame Eigenthum des Ehemanns geht auf die Erben desselben über, vgl. l. 1 § 1 de fundo dotali 23: sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, velut ad heredem mariti, cum suo tamen jure ut alienari non possit. [22])

22) Hieran darf man sich auch nicht dadurch beirren lassen, daß das Naturaleigenthum der Ehefrau als fortbestehend erklärt wird. Alle Neuern sind darüber einig, daß das dominium naturale der Ehefrau (c. 30 Cod. de jure dot.) nicht sowohl die juristische als eine nichtjuristische, thatsächliche Anschauung wieder gebe, vgl. Sintenis prakt. Civilrecht III §. 133.

Nach sächsischem Recht hat die Ehefrau den Mitbesitz aller eheherrlichen Güter, folglich auch der Dotalsachen, sie hat mit dem Ehemanne „gleiche Gewehr" vgl. Emminghaus Pandekten des gemeinen sächsischen Rechts S. 296 und die dort Allegirten; dann Emminghaus l. c. S. 319, worin durch ein Urtheil des O. A. Gerichts in Dresden vom Jahr 1842 ausgesprochen wird, daß die Grundsätze des römischen Rechts über das Eigenthum an der dos niemals Eingang im sächsischen Rechte gefunden haben. Der Ehefrau werden die remedia retinendae et recuperandae possessionis von den sächsischen Rechtslehrern eingeräumt; falls die Erben ihr den Besitz entrissen haben, soll sie ante omnia tanquam spoliata wieder in den Besitz gesetzt werden. Emminghaus S. 296 Spalte 2 Nota 1. Das römische und mit ihm das bayer. Landrecht weiß von diesen Mitbesitzverhältnissen, die aus dem Sachsenspiegel L. I. A. 45 stammen, nichts. Gesunder und natürlicher dürfte allerdings die mehr dem Verhältnisse der deutschen Ehe entsprechende Auffassung des sächsischen Rechts sein, welche die Frau, die denn in der Wirklichkeit regelmäßig den Naturalbesitz der Sachen beider Ehegatten mit dem Ehemanne ausübt, auch im Rechte als Mitbesitzerin schon während der Ehe anerkennt. So kräftig wird dieser Besitz im Sachsenspiegel anerkannt, daß der Erbe vor dem dreißigsten Tage nur „um Aufsicht zu haben" sich in das Gut zu der Wittwe begeben darf, „weiter aber soll er keine Macht an dem Gute haben bis zu dem dreißigsten."

Den bloßen Detentionsbesitz wird sehr häufig die Frau schon haben, wenn es sich um Ausübung ihrer Rechte an den eingebrachten Gütern handelt und auf diese Detention gründet denn auch das römische Recht in l. 29 Cod. 5, 12 de jure dotium das Recht der detinirenden Ehefrau zu retiniren, von welchem Retentionsrechte noch besonders die Rede sein muß. Umgekehrt schreiben die Lehrer des sächsischen Rechts dem Ehemanne das Retentionsrecht am Vermögen der Ehefrau zu, bis er wegen Dessen, was ihm nach den Ehepakten zukommt, befriedigt ist; sie gehen sogar so weit, ihm die Ergreifung des Besitzes zu verstatten. Emminghaus a. a. O. S. 297 Spalte 1 Nr. 81.

Nach gem. und bayerischem Landrechte sind der Besitz und in Folge dessen das Retentionsrecht des Ehemannes bei allen ehefräulichen Gütern — die Rezeptizien ausgenommen — außer Zweifel.

§. 8. Eviktion der dos. Redotation.

Das bayerische Landrecht in Th. I. cap. VI. §. 13 17mo drittens enthält folgende Stelle: „Drittens kann er (der Ehemann) in casu dotis evictae die Gewährschaft von der Frau oder ihrem Vater, nicht aber von einem Fremden, falls sie von ihm herrührt, begehren.“ Die Regeln der Eviktion sind in Landrecht Th. IV. cap. III. §. 15 enthalten und bedarf es hier nur der Hinweisung auf die l. c. angeführten Voraussetzungen der Eviktionsleistung. Mit Rücksicht auf die Eingangs erwähnte Gesetzesstelle sagt Kreittmayr in den annot. ad Th. IV. cap III. §. 15 Ziff. 15: „Unter jetzt beschriebene negotia onerosa, welche die Gewehrschaft nach sich ziehen, gehört insonderheit a)......... nebst dem Heirathgut, wann solches entweder von dem, der hiezu verbunden ist, oder aestimato et quidem aestimatione *venditionis* gratia gegeben wird.“ Wenn die Regeln des Kaufs nicht anschlagen, dann ist der extraneus nicht eviktionspflichtig, will hiemit Kreittmayr sagen. Nur bei jenen Personen, welche zur Dotation gesetzlich verbunden sind, kommt nichts darauf an, ob die Regeln des Kaufgeschäftes gegeben sind oder nicht, um Eviktionsleistung begehren zu können.[23])

Vor Allem ist zu bemerken, daß die Regel des Codex nicht etwa so verstanden werden dürfe, daß die Eviktionsleistung ausgeschlossen sei, wenn anstatt des Vaters oder der Frau selbst etwa der Großvater oder ein anderer gesetzlich Verbundener dotirt habe, sondern daß mit B. Schmid zu subintelligiren sei: qui ex necessitate dotem dedit. Dann kann aber auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Landrecht nicht im Sinne gehabt haben, unter allen Umständen den extraneus von der Eviktionsleistung zu befreien. Richtig ist,

---

23) Baron Schmid ad statuta bav. tit. 8. art. 7 Nr. 20 sagt zur Erläuterung: pater vel alius, qui ex necessitate dotem dedit, semper ad evictionem obligatus est, cum maritus in dote dicatur habere titulum onerosum, licet ex parte mulieris dicatur lucrativus.

daß der extraneus, welcher eine Sache in dotem gab, ohne diese Dotation durch die hingegebene Sache vorher versprochen zu haben, und ohne daß eine dolose Handlungsweise seinerseits in Mitte lag, um deßwillen nicht auf Eviktionsleistung geklagt werden kann, weil ihm jede gesetzliche Verbindlichkeit eine dos zu leisten abgeht und er nach den Grundsätzen eines Schenkers zu behandeln ist, der für Entwährung nicht einzustehen braucht. 24) Allein die Sache wird ganz anders beurtheilt werden müssen, wenn eine Obligation ad dandum von Seite des extraneus bereits vorhanden ist z. B. durch ein acceptirtes Versprechen, durch ein Paktum. Hier wird es sich um die vollständige Erfüllung dieser Obligation, die jetzt den extraneus mit dem gesetzlich zur Dotation Obligirten auf gleiche Linie stellt, handeln. Auch der extraneus wird jetzt für Eviktion haften müssen, weil durch die Hingabe der evinzirten Sache seine Obligation ad dotandum noch nicht erfüllt erscheint. Hatte der extraneus ein Summenversprechen gemacht, welches Seitens des Ehemannes acceptirt wurde, so ist, falls er dieses durch Hingabe einer venditionis causa geschätzten später aber evinzirten Sache erfüllen wollte, allerdings in casu dotis evictae die Eviktionsklage statthaft. Dasselbe ist der Fall, wenn z. B. der extraneus dem gesetzlich Dotationspflichtigen seine Leistung abnahm und anstatt desselben die Dotation verabreichte; ebenso wenn er in dolo versirend veranlaßte, daß der Ehemann anstatt vom Dotationspflichtigen eine dos zu fordern sich mit der vom extraneus gegebenen, aber später evinzirten Sache begnügte. In all diesen Fällen bedarf es keiner besondern gesetzlichen Bestimmung, um die Eviktionspflicht des extraneus zu begründen und ist daher die Eingangs aufgeführte Landrechtsstelle nur in der angegebenen Beschränkung zu verstehen. Vgl. B. Schmid a. a. O. Nr. 19—24. Arndts Pand. §. 403. 24 a)

Hinsichtlich der **Redotation** sagen die annotationes ad cod.

---

24) Es mag hier erinnert werden, daß zur Giltigkeit der dos allerdings das Hinzukommen schriftlicher Ehepakten gehört. Allein der zur Dotation Verpflichtete kann durch bloßes Hingeben von Sachen die Ehefrau so sehr bereichern, daß dieselbe hiedurch „genug bemittelt" wird, wie der Codex sagt, wodurch dann die Dotationspflicht seinerseits wegfällt.

24 a) Vgl. Bekker in seinem und Muther's Jahrbuch des gem. deutschen Rechts: Von der Eviktion: Band VI., S. 262 (1863).

civ. Th. I. cap. VI. §. 13 Ziff. 2—9: Achtens ist auch aus all obverstandenen Personen Niemand schuldig, das Heirathgut einer Person zweimal zu geben, wann dahero z. E. eine Tochter ihre dotem einmal erhalten hat und nach Absterben ihres Mannes ad secunda vota schreitet, so nimmt sie von seinen Erben ohnehin ihr eingebrachte dotem wieder zurück und kann solche sofort dem zweiten Ehemann zubringen, ist aber dieselbe bereits in der ersten Ehe konsumirt, so hat den Schaden Niemand als sie selbst zu büßen und haftet der Vater oder andere um weiter nichts mehr." Für diese Aeußerung, welche im Gesetzestexte keinen Anhalt findet, beruft sich Kreittmayr auf Lehrer des gemeinen Rechts, Hellefeld, Leyser, Moser. Wir vermögen jedoch diese Berufung nicht als eine glückliche zu bezeichnen. Hellefeld in der allegirten Stelle repertorium juris privati §. 11 sagt: „Hat ihr erster Mann den dotem verthan, so muß sie es ihr selbst zurechnen, daß sie bei geführter Wirthschaft nicht aufmerksamer gewesen ist." Der innere Widerspruch dieser Aeußerung liegt zu Tage. Wenn der E h e m a n n dotem verthan, warum soll die E h e f r a u es s i c h zurechnen? Alle Aufmerksamkeit der Ehefrau, ihr bester Wille sind wirkungslos gegenüber der Gewalt, Willkür, der Verschwendung und Unwirthschaftlichkeit des Ehemanns. Dieses Motiv schlägt sonach nicht an. Leyser a. a. O. spec 303 §. 6 behandelt ausschließend den Fall, daß eine dos, welche für die e r s t e Ehe gegeben wurde, n o c h e x i s t i r t. Es ist kaum zu bezweifeln, daß der von ihm aufgestellte Satz: pater filiam quam prima vice nubentem jam dotavit, in secundis nuptiis iterum dotare necesse non habet, *si quidem prima dos adhuc extat* zur Begründung der Ansicht in den annot. nicht geeignet erscheint. Der ferner allegirte Moser: Staatsrecht Th. 20 p. 140 §. 16 sagt bloß, daß die einmal verheirathete fürstliche Person entweder die dos oder die Wittumsgefälle der vorigen Ehe in die neue einzubringen habe. Es besteht hienach kein Grund dem subsidiär geltenden gemeinen Rechte zuwider unbedingt und ausnahmslos die Redotation auszuschließen; es dürften vielmehr auch für das bayerische Landrecht die Sätze, welche nach vielfältigen Controversen in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis den meisten Beifall gefunden haben, zu adoptiren sein: Für dieselbe Ehe kann in keinem Falle Erneuerung der dos gefordert werden. Vgl. Puchta

Pand. §. 317 nota f. und Vorlesungen IV. Aufl. Bd. II. S. 184. Für eine zweite Ehe kann das paternum officium, aus welchem die Dotationspflicht bezüglich der ersten Ehe entstanden ist, eine wiederholte Dotirung erheischen, aber sicherlich doch nur, wenn die Frau nicht selbst den Verlust der dos verschuldet hat. Weitere Unterscheidungen, wie sie in Glück Comm. Bd. XXV. S. 78 und ff. aufgestellt werden, dürften sich aus der Natur der Sache kaum rechtfertigen lassen. Insbesondere vermag ich den casuellen Untergang der dos während der ersten Ehe nicht als absoluten Ausschließungsgrund für die Frage der Dotation zur zweiten Ehe zu erkennen. Die Größe der allenfalls zu gewährenden Redotation bemißt sich nach den obigen Erwägungen; die facultates patris können durch die vergeblich geopferte erste dos allerdings einen solchen Stoß erlitten haben, daß geeignete Rücksicht hierauf zu nehmen ist.

§. 9. Pflichten des Ehemanns bezüglich der dos während der Dauer der Ehe.

Zwei Momente werden hier vorzugsweise zur Sprache kommen, welche auseinander zu halten sind, nämlich 1) die Prästation der Culpa bei der Verwaltung des Dotalvermögens und 2) das periculum dotis. Das Landrecht sagt über diese beiden Punkte in Th. I. cap. VI. §. 13 17mo: „Zweitens ist er (der Ehemann) schuldig, solches (das Heirathgut) mit dem nämlichen Fleiß, welchen er in andern, eignen Sachen zu verwenden pflegt, zu erhalten und tragt auch in dote venditionis gratia aestimata alle Gefahr auf sich.“ Der in den annot. zu dieser Stelle allegirte Banniza a. a. O. bemerkt cap. V. §. 4: caeterum maritus impendia fructum colligendorum praestare et onera publica, tributa, collectasque solvere tenetur aeque ac alius dominus, haec enim ex fructibus praestantur. Onera quoque mariti, quae jus dotis concomitantur, sunt cura et custodia rei dotalis. Hic tamen maritum ad exactam seu mediam diligentiam obligatum esse communis est opinio. Ganz in derselben Weise und mit denselben Worten äußert sich Lauterbach ad h. t. (23, 3) §. 36. Wir haben uns den Begriff der hier begehrten media diligentia klar zu machen. Nach den eben angeführten Gewährsmännern Kreittmayrs, Lauterbach und Banniza a. a. O. ist dieselbe culpa vom

Ehemanne bezüglich der dos zu prästiren, welche zu leisten dem Tutor oder Curator obliegt. Hienach ist die Uebereinstimmung des in Frage stehenden Prästationsgrades mit dem von Hasse in seiner Lehre von der culpa als den zweiten bezeichneten durch mehrere Fälle constatirt. Hasse nimmt bekanntlich vom leichtern zum schwerern aufsteigend, Culpa II. Aufl. S. 370 u. ff., folgende drei Prästationsgrade an: a) Es wird bloß dolus und culpa lata prästirt. Hier handelt es sich um Fälle, in denen Prästant keinen Vortheil hat, wie der um die Depositionserlaubniß gebetene Depositar, u. s. w.; b) der hier einschlägige zweite Prästationsgrad. Es wird dolus und culpa prästirt, aber die culpa läßt bei der diligentia die Entschuldigung zu, daß man in Verwaltung des Eigenen nicht fleißiger zu sein pflege. Hieher zählen außer unserem Falle, sowie der erwähnten Tutel und Curatel überhaupt jene Fälle, bei welchen der Contrahent eine gemeinsame Angelegenheit betrieben, mit einer gemeinschaftlichen Sache zu thun gehabt hat, oder durch das Gesetz zur Uebernahme genöthigt war, so noch societas und rerum communio incidens, endlich c) den schwersten Prästationsgrad, bei welchem der Prästant Vortheil vom Contrakte hat oder Geschäfte als Stellvertreter eines Andern freiwillig übernahm, z. B. mandatarius, negotiorum gestor, Faustpfandgläubiger u. s. w. Hier wird culpa et omnis diligentia prästirt.[25])

Zwei Fälle glauben wir jedoch hier besonders hervorheben zu müssen. Zunächst die Haftung des Ehemanns für aquilische culpa, wenn nämlich der Ehemann Dotalsachen der Substanz nach beschädigt. Hier kann er sich nicht darauf berufen, daß er sie in Folge einer negligentia rebus suis consueta beschädigt habe, sondern muß sich die volle aquilische culpa anrechnen lassen, vgl. Hasse culpa S. 427.

Der andere Fall betrifft den Verlust eines der Frau zustehenden Rechts, z. B. eines Ususfructus, oder einer Realservitut durch Nicht-

25) Die Grundregel findet sich in l. 17. pr. Dig de jure dotium 23, 3 klar ausgesprochen: In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia *causa sua* dotem accipit, sed etiam diligentiam praestabit, *quam in suis rebus exhibet.*

gebrauch. Hier muß nach l. 7 Dig. de fundo dotali, 23, 5 der Ehemann haften: si maritus fundum Titii servientem dotali praedio acquisierit, servitus confunditur (wie wir bereits oben bemerkten) sed si eundem Titio reddiderit sine restauratione servitutis hoc marito imputabitur. Die Schlußstelle läßt keinen Zweifel, indem diese den Ehemann zur Werthentschädigung für die verlorne Servitut anhält und im Falle der Insolvenz des Ehemannes der Frau eine Klage auf Wiederherstellung der Servitut gegen den Erwerber des Grundstücks giebt.[26])

Das periculum dotis betreffend begnügt sich das Landrecht, wie wir oben gesehen haben, mit der Bemerkung, daß der Ehemann in dote venditionis gratia aestimata alle Gefahr auf sich trage. Auch die Neuern sind damit einverstanden, daß hier alle Grundsätze der emtio venditio bezüglich der Gefahr und des Ueberganges derselben auf den Käufer anwendbar seien.[27. 27a])

Gleich der dos venditionis causa aestimata trägt der Ehemann auch die Gefahr bei fungiblen Sachen, weil er, wie die annotationes sich ausdrücken, debitor generis ist, welches niemals zu Grunde gehen kann. Vgl. annot. zu Th. I. cap VI. §. 13 Nr. 20 erstens. Dagegen trägt die Frau die Gefahr des Untergangs resp. casus bei der

26) Vgl. Glück Pand. Comm. Band 25. S. 121 u. ff. Arndts Pand. §. 406 nota h. Arndts a. a. O. bemerkt in bündiger Kürze, daß es nach Verschiedenheit der Fälle bei dinglichen Rechten, bald um Uebertragung des fraglichen Rechts an den Rückempfänger der dos, bald um Aufgeben des eingeräumten, bald um Wiederherstellung des aufgegebenen Rechts; bei dem Manne in dotem gegebenen Forderungsrechten, resp. einem Schuldnachlasse zu Gunsten des Ehemanns, bald um Befreiung von einer Forderung (wenn der Rückempfänger selbst Schuldner ist), bald um Cession einer solchen, bald um Wiederherstellung eines früher bestandenen Schuldverhältnisses sich handeln werde.

27) Der von Glück Pand. Comm. Bd. XXV. S 22 hervorgehobene Unterschied verdient hier eine Stelle, daß nämlich bei der aestimatio dotis venditionis gratia kein Theil übervortheilt werden dürfe. Es kommt hiebei auf die Verletzung über die Hälfte nichts an, vgl. insbesondere l. 6 Cod. soluto matrim. 5, 18, wo sogar in Bezug auf Uebervortheilung des Ehemanns durch die Schätzung gesagt wird: Sin autem etiam maritus in aestimatione gravatum se alleget, veritate examinata, non amplius quam pretium justum restituere compelletur. 27 a) Vgl. Beitrag zur Lehre von der dos aestimata von Czylharz in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (Jahrgang 1862) S. 16.

dos in specie inaestimata oder bloß taxationis causa aestimata. Das Naturaleigenthum der Ehefrau, das, wie oben bemerkt, sonst unwirksame, äußert sich hier gleichwohl in dem Grundsatze: casum sentit dominus. Hier ist auch vom Ehemanne die oben beschriebene media diligentia zu leisten, da hier eben die Restitution in natura vel specie zu geschehen hat, während bei der dos, die in fungibeln Sachen besteht oder venditionis causa geschätzt hingegeben wurde, die Restitution in genere stattfindet und ebendeßhalb die Frage nach dem Grade der zu beobachtenden diligentia und resp. nach dem Prästationsgrade der culpa ebenso gegenstandslos wird, wie hinsichtlich des periculum.[28]) In wieferne pacta bezüglich der Pflichten des Ehemanns hinsichtlich der dos zulässig seien, wird bei Gelegenheit der Erörterung über die Ehepakten zur Sprache kommen.

§. 10. Verwandlung der dos.

Das Landrecht schreibt in Th. I. cap. VI. §. 13 20^mo^ vor: „Was aber von dem Heirathgut mit oder ohne der Ehefrau Wissen in anderweg beigeschafft wird, das tritt in die Stelle desselben ein, wenn solches auf andere gleichgiltige Weis nicht mehr zu haben ist." Kreittmayr trat bei Aufnahme dieser Bestimmung, wie er in den annot. ad h. l. unter Ziff. 20 ausdrücklich bemerkt, sowohl dem alten bayerischen Landrecht als der Ansicht jener Lehrer des römischen Rechts bei, die mit Leyser in spec. 304 Nr. 4 u. 5 annehmen, daß zwar die vom Ehemanne mit Dotalgelde erkauften Sachen nicht als Dotalgut zu betrachten und daher der Vindikation Seitens der Ehefrau nicht unterworfen seien, daß aber in subsidium, wenn der Ehefrau aus anderen eheherrlichen Gütern kein Ersatz geboten werden kann, ihr die Vindikationsklage wegen der veräußerten Dotalsachen zuzugestehen sei.[29])

---

28) Hinsichtlich einiger Unterscheidungen wird auf Glück Pand. Comm. Bd. XXV. S. 33 u. ff., Vangerow Pand. §. 591, Sintenis prakt. Civilr. Bd. III. §. 133 S. 50 verwiesen.

29) Leyser zählt als praktische Fälle, in welchen die Frage der permutatio dotis von Bedeutung werde, auf: 1) Wenn der Ehemann als Erbe der von der Ehefrau hinterlassenen Mobilien (der Gerade im Gebiete des sächsischen Rechts) erscheint;

Das alte Landrecht sagt hierüber im Gantprozeß Tit. 2 art. 14: „Wann auch eine Frau kann beweisen, daß von dem Geld, so sie ihrem Mann zum Heirathgut zugebracht, ein Gut ganz und gar oder zum Teil erkauft worden, mag sie dasselbe entweder gar, oder da es nur zum Theil von ihrem Heirathgut erkauft wäre, für solchen Theil innen behalten, wenn sie sonsten in anderweg ihres Heirathguts nit mag entricht werden." Das hier und schon im Eingange des art. 14 gewährte Separationsrecht im Confurse der Gläubiger wird wiederholt in cod. jud. cap. XX. §. 16 Nr. 6 der Ehefrau eingeräumt „um der Ehefrauen sämmtliche Heiraths-Paraphernal- und vorbehaltene (Rezeptiz-) Güter . . . . . . und endlich auch um das, was von ihrem Heirathsgute entweder mit oder ohne ihr Wissen beigeschafft wird, und sie solchenfalls verstandenen Heirathsguts halber (d. i. des so zum Heirathgute erst qualifizirten Gutes) in anderweg nicht mehr entrichtet werden mag." Vgl. B. Schmid im Commentar zu Tit. 2 art. 14 des Gantprozesses unter Nr. 18. Glück Pand. Comm. Band XXV. S. 39 u. ff., ganz besonders aber die umständliche und gründliche Erörterung ebendaselbst Pand. Comm. Bd. VIII. S. 167 u. ff. Uebereinstimmend mit der Lehre des bayerischen Landrechts ist die Entscheidung in Seufferts Archiv Bd. IV. Nr. 57, daß die Frau außer dem Confurse nicht hindern könne, daß mit Dotalgeld angeschaffte Sachen zur Befriedigung von Gläubigern des Mannes verwendet werden. Die annotationes von Kreittmayr zum allegirten Passus des Gesetzestextes (Nr. 20 des §. 13) beschäftigen sich nicht mit der permutatio dotis, sondern mit der Restituirung des Heirathguts, der wir den folgenden Paragraphen zu widmen haben, in welchem die praktische Seite der permutatio dotis zur klarern Anschauung gelangen wird.

---

2) wenn ein Confurs der Gläubiger über das eheherrliche Vermögen entsteht — den im bayer. cod. jud. besonders berücksichtigten Fall, der übrigens in der That auch der wichtigste ist; 3) wenn der Ehemann eine mit Dotalgeld angeschaffte Sache veräußert, in welchem Falle es sich darum handelt, ob die Ehefrau wegen des dominium retentum vindiziren könne. In all diesen Fällen soll nur in subsidium die mit Dotalgeld erkaufte Sache der ehefräulichen Vindikationsklage unterliegen. Vgl. §. 13 Eingangs.

§. 11. Restituirung des Heirathguts.

Von dieser Materie handeln die Anmerkungen zum bayerischen Landrechte Th. I. cap. VI. §. 13 Nr. 20; weder im alten, noch neuen Landrecht ist derselben ein gesonderter Artikel gewidmet. Die Annotationen haben hier sonach die Aufgabe, das Gesetzbuch zu ergänzen und sind auch in der That derselben in einer Weise nachgekommen, daß sie mit den gesetzlichen Anordnungen und dem subsidiär geltenden gemeinen Rechte harmoniren. Die Restitution der Früchte aus der dos und die Berechnung der Impensen auf dieselbe ist in einem eigenen Paragraphen des neuen Landrechts behandelt und soll deßhalb auch hier gesonderte Betrachtung finden. Vorerst hat die Sprache zu sein von der Restitution der dos und deren Accession — abgesehen von Früchten und Impensen. Im Wesentlichen handelt es sich hiebei um Folgesätze aus bereits entwickelten Prinzipien.

a) Die Restitution zu begehren erscheint die Ehefrau oder deren Erbe berechtigt und zwar gegen den Ehemann oder dessen Erben oder den Dritten, der im Besitze der dos sich befindet. Da mit der Dauer der Ehe die Bestimmung der dos endigt, da auch das dominium naturale, welches der Ehefrau während der Dauer der Ehe zustand, mit deren Beendigung sich in das civile verwandelt, und zwar ipso jure ohne Retradition wie bereits oben auszuführen war, so wird auf Grund dieses Eigenthums die Vindicationsklage es sein, mit welcher die Restitution gegen den Besitzer der dos zu begehren ist. Wenn die Ehefrau selbst oder deren Erben so eben als die Restitution zu begehren berechtigt bezeichnet worden sind, so ist doch an dieser Stelle des Falls zu erwähnen, daß irgend ein Anderer bei Bestellung der dos mit dem Ehemanne eben wegen der Restitution paktirt habe. Die Zulässigkeit solcher Pakta, bei welchen der Zweck der Ehe vollkommen erreicht und die Bestimmung der dos ganz unbeeinträchtigt gedacht werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Dem betreffenden Paciscenten steht sonach auch das Recht der Restitutionsforderung nach Maßgabe des Paktums zweifellos zu. Anderseits unterliegt es keinem Bedenken ein Paktum darüber für zulässig zu erachten, daß der Mann bei sich ergebender Auflösung der Ehe durch Tod oder durch die Ehefrau verschuldete Scheidung die dos behalten dürfe. Hierüber Näheres bei der Lehre von den Ehepakten.

b) Der Zeitpunkt der Berechtigung, die Restitution zu begehren, kann sowohl während der Dauer der Ehe als nach deren Auflösung durch Tod oder Scheidung eintreten. Es kann während der Ehe die dos als inofficiosa gegeben durch richterlichen Ausspruch erklärt, es kann durch richterliches Urtheil in gewissen weiter unten zu besprechenden Fällen die Restitution angeordnet; es kann nach Maßgabe eines Paktums bei Bestellung der dos kontrahirt werden, daß sie nur eine gewisse Zeit lang ad onera matrimonii ferenda dienen, dann dem Geber wieder anheimfallen solle, wo dann das Paktum für den Zeitpunkt der Restitution bestimmend wirkt.

c) Was und wie restituirt werden soll, kann nach Verschiedenheit der thatsächlichen Verhältnisse aus folgenden Unterscheidungen klar werden. Die Beschaffenheit des zur dos hingegebenen Gegenstandes kann während der Dauer der Ehe sich so manchfach verändert haben, daß die einfache Restitution unmöglich erscheint. Ist ja das gewöhnlichste Objekt der dos nicht eine species, sondern die fungible Sache Geld und daher in genere zurückzuerstatten. [30]

Hat eine res specifica, eine **nicht fungible** Sache als dos gedient, so muß unterschieden werden, ob sie venditionis causa geschätzt übergeben wurde oder nicht. Erstenfalls ist der Ehemann als Käufer zu betrachten und wie bei den fungiblen Sachen debitor generis, im zweiten Falle ist die Restitution *in natura* zu bewirken. Hier haftet der Ehemann nach Prinzipien, die bereits oben entwickelt wurden, für culpa levissima und casus **nicht**, falls der Gegenstand der dos hiedurch vor der Entstehung der Restitutionspflicht zu Grunde gegangen sein sollte. Vgl. §. 9 oben. [31]

30) Die annot. a. a. O. bemerken hierüber: „Dafern nun erstens dos in quantitate oder andern rebus fungibilibus besteht, so geschieht die Restitution nicht in natura et eadem specie, sondern nur in eodem genere et qualitate vel pretio und hindert nicht, daß schon Alles konsumirt oder sonst ohne Verschulden des Ehemannes zu Grunde gegangen ist, dann er hat hierin alle Gefahr auf sich, weil er debitor generis ist, welches niemal zu Grunde gehen kann."

31) Arndts Pand. §. 406 bemerkt: „Für unverschuldeten Verlust haften diese (der Ehemann oder dessen Erben) nicht, es sei denn wegen Verzugs, müssen aber jedenfalls erstatten, was ihnen als Ersatz für die entzogenen Sachen zugekommen ist, beziehungsweise die Klagen darauf abtreten; sind die Sachen mit Einwilligung des Rückempfängers veräußert worden, so kann auch nur der Preis zurückgefordert werden."

Die weiteren möglichen Fälle betreffen ein jus in re, das pro dote überlassen wurde, die Ueberlassung einer Forderung, die Erlassung einer Schuld an Stelle der dos. Vgl. hierüber Arndts l. c. Holzschuher Theorie und Casuistik Bd. I. S. 540.

d) Zu restituiren ist auch nach Inhalt des Ldr. Th. I. cap. VI. §. 13 vigesimo und des cod. judiciarius cap. XX. §. 16 sexto „das was von ihrem Heirathsgute entweder mit oder ohne ihr Wissen beigeschafft wird und sie solchenfalls verstandenen Heirathsgut halber in anderweg nicht mehr entrichtet werden mag.“ Dieser §. 16 spricht von dem Separationsrechte im Conkurse und zwar von dem jure separationis ordinario, welches sich darauf gründet, daß die prätendirte Sache nicht nur dem Prätendenten eigenthümlich, sondern auch noch wirklich in natura et specie vorhanden sei. Außer den Dotal-Paraphernal-Receptivgütern, dem ehefräulichen Antheile an den Hochzeitsgeschenken, der gemeinen Hausfahrniß und der Errungenschaft soweit nämlich dieses Alles in natura vorhanden ist, hat die Ehefrau jure separationis auch das so eben Bemerkte, an die Stelle der dos Getretene zu fordern. Nach gemeinem Rechte geschieht diese permutatio dotis [32]) in den beiden Fällen 1) wenn für das zur dos inferirte Geld mit Einwilligung der Frau Sachen angeschafft werden, damit diese nunmehr das Heirathgut ausmachen sollen, oder 2) wenn die Dotalsachen mit Willen der Frau verkauft werden und dann der Kaufpreis an deren Stelle tritt — Glück Pand. Comm. Bd. XXV. S. 41 u. ff. — Das bayerische und zwar sowohl das alte Landrecht — Edictalprozeß Tit. 2 art. 14, als das neuere, nämlich in Th. I. cap. VI. §. 13 20^mo^ und cod. jud. l. c., gehen weiter. Es braucht nämlich die Frau nur zu beweisen, daß das jure separationis angesprochene an die Stelle einer Dotalsache getretene Gut mit Dotalmitteln beigeschafft worden sei und sie auf andere Weise als durch Vindikation desselben nicht zu ihrer dos gelangen könne — annot. ad cod. jud. cap. XX. §. 16 Nr. 6. Wenn auch nur ein Theil des fraglichen Guts mit Dotalgeld angeschafft worden ist, besteht das gleiche Recht bezüglich dieses Theils per vocem des alten Landrechts l. c.

32) Vgl. §. 9 oben.

„mag sie dasselbe gar, oder da es nur zum Theil von ihrem Heirathgut erkauft wäre, für solchen Theil inne behalten.“

e) Die gemeinrechtliche Praxis hat als Ausfluß des Rechtes auf Restitution der Frau ein Retentionsrecht gewährt, welches sie an den nicht auf fehlerhafte Weise in ihren Besitz gelangten zu restituirenden Dotalgütern ausüben soll und sogar den Unterhalt derselben aus diesen Sachen gestattet — Glück Pand. Comm. Bd. XXVII. S. 185.[33]) Dieses jus retinendi unterscheidet sich von dem Separationsrechte dadurch, daß während bei der Retention die Detention der retinirten Sache Ldr. Th. IV. cap. XV. §. 2 primo — vorausgesetzt wird, als Bedingung der Ausübung des Separationsrechts erscheint, daß bei Ausbruch des Konkurses das als Eigenthum Angesprochene in natura im Besitze des Gemeinschuldners sich befinde. — Priorit.-Ordnung für das Königreich Bayern vom 1. Juni 1822 §. 2 Abs. 2.

f) Diese Prioritätsordnung hat nach dem Grundsatze, daß es sich bei Erhaltung der dos um ein öffentliches Interesse handle — l. 1 Dig. XXIV., 3 soluto matr. — in §. 3 Ziff. 4 der Ehefrau in Ansehung dessen, was ihr eigenthümlich zusteht, das Separationsrecht eingeräumt, vorbehaltlich des Rechts der Gläubiger, sich an dieses Vermögen zu halten, soweit die Ehefrau den bestehenden Gesetzen gemäß entweder allen oder einigen Gläubigern für die Schulden ihres Ehemanns mit ihrem Vermögen haften muß, wobei jedoch die Voraussetzung des alleg. §. 2 Abs. 2 der Prior.-Ordn. niemals außer Auge gelassen werden darf, da ohne diese der Fall des §. 23 Ziff. 3 der Prior.-Ordn. gegeben ist, durch welchen die Ehefrau wegen ihres Heirathsguts bloß ein Vorzugsrecht in der IV. Prioritätsklasse genießt.

g) Nach cod. jud. cap. XVIII. §. 10 ist wegen des innigen Verhältnisses der Ehegatten das beneficium competentiae dem Ehemanne

33) Baron Schmid in seinem Commentare zum Tit. 2 art. 14 des Ediktalprozesses sub num. 16 schreibt der Ehefrau ebenfalls das jus retinendi in der Weise zu „ut non sit obligata, res suas ad massam edictalem dimittere, si autem semel possessio dimissa et res uxoris propria cum massa edictali commixta est, eam propria auctoritate involare et apprehendere non potest, sed sicut quilibet alius rem suam vindicans, ut est depositarius, commodatarius etc. judicis officium implorare et separationem petere debet.“

eingeräumt. Hienach kann, wenn es sich um Restitution der dos handelt, der Ehemann soviel zurückbehalten, als er zum Lebensunterhalte nöthig hat. Nach dem gem. Rechte ist diese Rechtswohlthat der Competenz auch den Kindern des Mannes eingeräumt, wenn sie als Erben des Vaters um die dos belangt werden, — l. 18 pr. Dig. XXIV., 3 soluto matrim. — und zwar nach Glücks Erörterung Pand. Comm. XXVII. S. 366 nicht weil sie Erben sind, da die Rechtswohlthat der Competenz eine höchst persönliche ist, sondern weil und wenn sie Blutsverwandte, d. i. eben leibliche Kinder der Rückempfängerin der dos sind. Auch nach bayer. Rechte verhält sich dieses so. Den Kindern der Rückempfängerin steht nach cod. jud. cap. XVIII. §. 10 primo wohl das beneficium competentiae zu, nicht aber allenfallsigen andern Erben des Ehemanns, bei welchen es nach Ziff. 6 l. c. ausgeschlossen erscheint.

h) Die Bestimmung der l. unica §. 7 Cod. 5, 13 de rei uxoriae actione, wonach bewegliche und unkörperliche Dotalsachen erst nach Einem Jahre zurückgefordert werden können, ist in das bayer. Landrecht nicht übergegangen.

i) Nach gemeinem Rechte ist es unstatthaft, die dos der Ehefrau während der Ehe zu restituiren. Die lex unica Cod. 5, 19 si dos constante matrimonio soluta fuerit, enthält hierüber die Vorschrift, daß eine solche Restitution als Schenkung unter Ehegatten anzusehen und deßhalb unverbindlich sei. Hat der Ehemann die dos ohne eine im Gesetze gestattete Ursache zurückgegeben, so kann er sie von der Ehefrau mit den Früchten von Zeit der erfolgten Zurückgabe an, zurückfordern, soweit sie nämlich dadurch bereichert worden ist; er kann auch nach dem Tode der Ehefrau auf Restitution klagen, soferne er die dos nach dem Tode der Ehefrau lucrirt und die Erben derselben nicht die Kinder, sondern fremde Personen sind; er wird auch, wenn die dos nach getrennter Ehe an einen Andern, als ihn, zurückfällt, durch die erfolgte Zurückgabe nicht von seiner Verbindlichkeit befreiet, wenn die Restitution zu einer Vergeudung der dos geführt hat. Glück Pand. Comm. Bd. XXVII. S. 236 — 239. Wenn auch das bayer. Landrecht von dieser gemeinrechtlichen Bestimmung keine Erwähnung gemacht hat, so ist doch dieselbe durchaus der Natur des Dotalrechts entsprechend und hier das römische Recht in subsidium anzuwenden, vgl. Ldr. Th. I. cap. II. §. 9.

k) Gleiches gilt bezüglich der Ausnahmen von vorstehender Regel. [34])

l) Was den Zeitpunkt anlangt, auf welchen es ankommt, wenn der zu erstattende Werth vertretbarer Dotalsachen ermittelt werden soll, so ist in Seufferts Archiv für oberstr. Entschl. Bd. VI. Nr. 215 eine Entscheidung des obersten Gerichtshofs zu Dresden mitgetheilt, wonach derjenige Werth, welchen die res fungibiles bei der Illation gehabt, von dem Ehemanne zu restituiren sei, wenn er sie nicht in natura zurückgeben könne oder wolle.

§. 12. Berücksichtigung der Früchte und Kosten bei Restituirung der dos.

Das Landrecht handelt von dieser Materie in Rücksicht auf die Dotalverhältnisse in Th. I. cap. VI. §. 28. [35]) Grundsatz hinsichtlich

34) In umständlicher Erörterung verbreitet sich Glück, l. c. S. 246—266 über die Fälle deren Prinzip von Arndts Pand. §. 404 dahin zusammengefaßt wird, daß es sich handeln müsse „um wirklichen Vortheil der Frau oder um einen Zweck, der die Anfechtung der vorzeitigen Rückgabe als unsittlich erscheinen läßt.“ Die Hauptfälle sind: ut aes alienum solvat, aut praedia idonea emat (hier ist bestritten, ob die praedia idonea solche seien, welche zweckmäßigeren Fruchtgenuß als die Kapitalien u. dgl. bieten, oder ob sie solche seien, welche als Pfänder unterstellt werden sollen) ut liberis ex alio vero egentibus aut fratribus aut parentibus, consuleret, ut sese suosque (Sklaven) alat, ut in exilium aut in insulam relegato parenti praestet alimonia, ut egentem virum, fratrem, sororemve sustineat. l. 73 §. 1 Dig. 23, 3 de jure dotium, l. 20 Dig. 24, 3 soluto matrimonio. Glück l. c. und Puchta Pand. §. 420 Nota o sind der Ansicht, daß diese Fälle nicht exklusiv sondern als Beispiele zu verstehen seien. Glück l. c. S. 260 erörtert, daß eine rechtliche Verbindlichkeit des Ehemannes zur Restitution in diesen Fällen nicht bestehe, daß vielmehr beide Ehegatten sich freiwillig hiezu entschließen müssen. Es handle sich sonach nur darum, daß die geschehene Restitution nicht als eine ungiltig geschehene betrachtet werden könne.

35) Die Eintheilung und den Begriff der Früchte gibt Kreittmayr in den annot. zu Th. II. cap. II. §. 7 u. 8 Ziff. 7 und in den annot. zu Th. II. cap. III. §. 20. Von dem Zuwachse — den accessiones der dos — welche als Vermehrung des Dotalkapitals sich darstellen und deßhalb restituirt werden müssen, wurde bereits oben gesprochen. Hier ist nur noch zu erinnern, daß die Früchte der dos, welche dem Ehemanne etwa vor Eingehung der Ehe aus dem Dotalkapital zukamen, ebenfalls das letztere vermehren, wenn z. B. dem Ehemanne Staatspapiere mit fälligen Coupons, die sich noch bei der Obligation befinden, in dotem gegeben werden.

der Perzeption der Früchte im Allgemeinen ist, daß derjenige, welchem das Gut gehört, auch die Früchte bezieht und zu einer Restitution eben deßhalb nicht verpflichtet sein kann. Gehört nun die dos während der Ehe dem Ehemanne eigenthümlich und sind insbesondere gerade die Dotalfrüchte ad ferenda onera matrimonii bestimmt, so ergibt sich die Regel bezüglich der Früchte von selbst, daß deren Restitution, insoweit sie während der Dauer der Ehe vom Ehemanne perzipirt werden, von diesem nicht zu geschehen braucht. Ebenso entspricht die Regel des cod. civ. Th. I. cap. VI. §. 28 primo, daß bei der Restitnirung des Heirath- oder andern zugebrachten Guts die von der Verfallzeit eingehobenen Früchte wiederum zurückgegeben und die von dem letzten Jahre, worin die Restitution hätte geschehen sollen, pro rata vertheilt werden, durchweg den erörterten Prinzipien über den Zweck der dos.

Die Theilung der Früchte der dos aus dem letzten Jahre zwischen dem Ehemanne und dem Rückempfänger kann zu vielen Schwierigkeiten Veranlassung geben, welche das Landrecht sowohl als die Annotationen mit Stillschweigen übergangen haben. Es handelt sich hiebei um die Interpretation von Digestenstellen mittelst mathematischer Erklärungen, hinsichtlich welcher auf Glücks Pand. Comm. Bd. XXVII. S. 272 bis 329 verwiesen wird. Der Codex begnügt sich mit der Bemerkung, die wir bereits mitgetheilt haben und bedarf es hier, da die Detailfragen durch die Forschungen der Lehrer des gemeinen Rechts ihre Lösung zu finden, beziehungsweise gefunden haben, bezüglich der Art der Theilung der Früchte des letzten Jahres keiner Auseinandersetzung.

Die Grundsätze des bayer. Landrechts hinsichtlich der Restitution der Früchte im Vindikationsprozesse weichen von denjenigen ab, welche im Dotalrechte aufgestellt sind. Der bonae fidei possessor im Eigenthumsstreite hat nach cod. civ. Th. II. cap. II. § 10 die eingehobenen Früchte nur so weit zu restituiren, als sie noch wirklich in natura vorhanden sind, oder der Inhaber sich damit bereichert hat. Die Zeit, von welcher ab die Restitution eintritt, ist nach den annot. ad cod. civ. Th. II. cap. II §. 7 u. 8 Ziff. 7 die insinuatae citationis. Eine nähere Bestimmung des hier einschlägigen Begriffs der „Bereicherung" gibt Kreittmayr l. c. Ziff. 8 lit. d. indem er sagt: „und will eine Bereicherung mit fremdem Gut soviel sagen, daß wir unser

patrimonium dadurch entweder vermehrt, oder wenigst à proportion des fremden Guts und dessen Gebrauchs conservirt haben." Der Ehemann hat aber nach Maßgabe des Th. I. cap. VI. §. 28 weder die wirklich in natura vorhandenen noch jene Früchte zu restituiren, mit welchen allenfalls er sich bereichert hat; er ist bloß von der Zeit an, da die dos zurückzugeben ist, schuldig, die Früchte zu restituiren.

Hinsichtlich der auf die dos gemachten Verwendungen (expensae resp. impensae) finden sich im cod. civ. eingehende Bestimmungen. Was deren Eintheilung anlangt, so unterscheidet derselbe in Th. I. cap. VI. §. 28 in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte die Kosten und Ausgaben,[36]) welche a) aus Noth, b) zum Nutzen, c) zur Lust gemacht sind. In den annot. ad h. l wird sich auf l. 79 de verb. sign. l. 1 §. 3 Dig. de imp. in res dot. 25, 1. l. 5 §. 5 (soll heißen §. 3) eod. l. 14 §. 1 l. 7 eod. bezogen. Es ist sonach die Lehre des gemeinen Rechts hinsichtlich der Begriffsbestimmung zu Grunde gelegt und erscheint es zweckmäßig den wesentlichen Inhalt der allegirten Stellen hieher zu setzen: l. 79 enthält, daß *impensae necessariae* diejenigen seien, ohne welche die Sache entweder zu Grunde gegangen oder schlechter geworden sein würde. In l. 1 §. 3 cit. werden als Beispiele hiefür angeführt: die in dem Meere, oder einem Flusse aufgeführten Dämme, die nothwendige Errichtung einer Getreidmühle oder eines Vorrathsgebäudes, die Ausbesserung eines zu behaltenden nützlichen Gebäudes, die Wiederherstellung verwüsteter Oelbaumpflanzungen, die Leistung der cautio damni infecti. Bezüglich der *impensae utiles* ist die von Kreittmayr in Bezug genommene l. 5 §. 3 cit. etwas zu allgemein, denn sie sagt bloß, daß nützliche Verwendungen jene seien, welche rem uxoris meliorem faciunt. Die Beispiele in dem folgenden §. 6 sind folgende: Wenn der Ehemann auf einem Grundstücke eine Rebenpflanzung angelegt, in einem Hause eine Getreidmühle oder einen Laden errichtet, die Sklaven in Künsten unterrichtet hat, l. 79 cit. enthält bezüglich der nützlichen Impensen

---

36) Man will gewöhnlich zwischen expensae und impensae darin einen Unterschied finden, daß die impensae in die Sache selbst, die expensae zum Zwecke derselben aufgewendet werden, allein die Gesetze selbst gebrauchen beide Ausdrücke in gleicher Bedeutung neben einander, vgl. Glück Comm. Bd. XXVII. S. 376 nota 10.

eine bestrittene Lesart, die von Glück Comm. XXVII. S. 432 vertheidigte florentinische gibt nach Glück l. c. folgenden Sinn: Nützliche Verwendungen seien diejenigen, wodurch die dos wirklich verbessert wird, nicht aber solche, welche bloß verhüten sollen, daß die dos nicht verschlechtert wird. Denn eben dadurch unterschieden sich die impensae utilis von den necessariis, deren (der necessariae) wesentlicher Charakter darin bestehe, daß dadurch die dos nur gegen gänzlichen Verfall oder Untergang gedeckt werde.

In l. 7 cit. wird der Begriff der *impensae voluptariae* dahin bestimmt, daß sie diejenigen seien, welche der Ehemann zum Vergnügen gemacht und welche die Gestalt zieren (quas maritus ad voluptatem fecit et quae speciem exornant.) Als Beispiel in l. 14 §. 2 cit: die Erbauung von Bädern. In l. 79 §. 2 cit. wird bemerkt, daß impensae voluptariae diejenigen seien, quae speciem (die äußere Gestalt) ornant non etiam fructum augent und werden als Beispiele: Gewächse, Springbrunnen, Marmorvertäfelungen, Ueberziehungen von Tünchwerk, Gemälde genannt.[37])

Die Verwendungen können sich auf Erhaltung oder Einbringung der Früchte beziehen oder auch auf die Berichtigung der auf dem Dotalvermögen haftenden Lasten. In §. 28 l. c. ist der Ausdruck etwas unklar. Es wird dort bemerkt, daß unter dem Vorwande der expensae necessariae „weder die zur Abtragung der auf dem Gut haftenden onerum noch zu Erhaltung oder Einbringung der Früchte erforderlichen Ausgaben aufgerechnet werden sollen.“ Die Bezeichnung: „der auf dem Gut haftenden onerum“ könnte zu Mißdeutung Anlaß geben. Man könnte soweit gehen, zu sagen, daß die Rückzahlung eines Passivkapitals, welches auf dem Dotalfundus versichert ist, nicht aufgerechnet werden dürfe; die Anmerkungen bemerken jedoch, daß es sich um Steuern, Zehenten, Gilten, um Prozeßkosten in einem Streite wegen der Dotalfrüchte u. dgl. handle, unter Hinweisung auf l. 13 Dig. 25, 1 de imp. in res dot. factis: Neque stipendium, neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest; onus enim fructuum haec impendia sunt. Uebrigens würde ein vor Eingehung der Ehe kontrahirtes Passiv-

37) Vgl. Sintenis Uebersetzung des corpus juris l. c. wegen der oben genannten Beispiele.

kapital, welches auf dem fundus dotalis versichert ist, von selbst dessen Substanz schon zur Zeit der Illation gemindert haben; nach Eingehung der Ehe kann es aber ohne Zustimmung des Ehemanns gar nicht kontrahirt und die dos überhaupt durch dasselbe nicht vermindert werden, außer etwa in den gesetzlich speziell vorbehaltenen Fällen. Nach der eben allegirten auch im bayer. Landrechte zu Grunde gelegten Stelle sind die bisher betrachteten Verwendungen als onera *fructuum* nicht in Abrechnung zu bringen. [38])

Hinsichtlich der expensae oder impensae, welche in die Dotalsache selbst, nicht zur Erhaltung oder Einbringung der Früchte verwendet wurden, bestimmt das Gesetz a. a. O., daß die impensae necessariae in Abzug kommen dürfen. Hier tritt die gemeinrechtliche, in den Anmerkungen in Bezug genommene Regel der l. 12 Dig. 25, 1 ein, wonach dem Grundsatze minimum non curat praetor entsprechend minder bedeutende „modicae" Verwendungen nicht zur Aufrechnung sich eignen. Kreittmayr sagt in den annot. ad §. 28 Ziff. 3: „Was sollte es endlich nicht weitschichtige Expensaria geben, wann der Ehemann oder seine Erben jede Fensterscheibe, welche während der Ehe eingestoßen und wieder ergänzt worden ist, in Aufrechnung bringen dürften." Hinsichtlich der Begriffsbestimmung bemerkt er in den annot. ad cod. civ. Th. II. cap. II. §§. 7 u. 8 Ziff. 10 lit. g.: „Was aber modicae impensae sind, ist arbitrarisch und wird theils

---

38) Zu diesen onera fructuum gehören übrigens offenbar manche der Impensen, welche man auch als Last der Sache bezeichnen könnte. Ein Gebäude, das Mietherträgnisse geben soll, muß in solchem Zustande erhalten werden, daß es Miethzinse abwirft, die Fruchtfelder müssen angebaut und gedüngt werden, damit sie Früchte geben, deßhalb wird in l. 15 Dig. h. t. ausdrücklich die tutela necessaria der Dotalsache als nicht zur Aufrechnung geeignet bezeichnet, zu solchem tueri res totales zählt die allegirte Stelle insbesondere cultura agrorum, modica refectio aedificiorum dotalium. Die Unterscheidung, ob diese Verwendungen, welche entschieden necessariae sind, als onera fructuum vel rei dotalis zu betrachten seien, wird dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, das im Einzelnen nach Art und Größe des Aufwands zu arbitriren hat. Nur durch jene nothwendige Verwendungen soll deßhalb die dos ipso jure vermindert werden, welche nicht zu den gewöhnlichen und regelmäßigen gehören und auch nicht unbedeutend sind, vgl. Glück Pand. Comm. Bd. XXVII. S. 390. Arndts Pand. §. 408 und annot. ad Th. II. §. 7 u. 8 Ziff. 10 lit. f.

ex qualitate rei et personae, theils aus dem Ordinaribetrag der fructuum und andern Umständen ermessen." Obgleich bei den impensae necessariae in §. 28 des Gesetzes nicht erwähnt ist, daß auch dann, wenn die impensae nicht mehr existiren, gleichwohl deren Aufrechnung stattfindet, so muß doch dieser Satz hier als geltend betrachtet werden. Die Regel in cod. civ. Th. II. cap. II. §. 10 7^mo^, welche im Allgemeinen hinsichtlich der impensae necessariae statuirt wird und wonach dieselben abgezogen werden, „wenn gleich der Effekt nicht mehr existirt", findet, da sie bei den impensae necessariae der Dotalsachen keine Abänderung erfuhr, für diese volle Anwendung. Ebensowenig ist hinsichtlich der impensae utiles Verschiedenes in cod. civ. Th. II. cap. II. §. 10 7^mo^ und in §. 28 l c. statuirt. Bei der Eigenthumsklage wird wegen der expensae utiles die Aufrechnung nur dann gestattet, wenn und „soweit sich die Melioration noch bezeigt" und in ganz gleicher Weise wird, wenn es sich um Restitution der dos handelt, für impensae utiles in §. 28 cit. kein Abzug gestattet, „wenn der angebliche Nutzen nicht mehr existirt, oder der Aufwand nur in Kleinigkeiten besteht (vgl. oben) oder hingegen so groß ist, daß er ohne Schulden zu machen oder das Gut gar veräußern zu müssen, nicht ersetzt werden könnte." Diese letztere Bestimmung stützt sich auf l. 8 Dig. h. t. 25, 1, worin Paulus sagt: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret si aliunde solvere non potest und auf die Regel bei der Vindikationsklage in l. 38 Dig. 6, 1 de rei vind. In der letzteren Stelle wird der Fall gesetzt, daß Jemand einen fremden fundus unvorsichtiger Weise gekauft, darauf gebauet habe und nun derselbe evinzirt werde. Hier heißt es: bonus judex varie ex personis causisque constituet. So soll insbesondere, wenn der Beklagte durch die Zurückgabe laribus, sepulcris avitis carendum habeat, d. h. seinen Hausstand einbüßen würde, demselben gestattet werden, soweit alles wegzunehmen, was er gebauet hatte, als er den fundus nicht schlechter macht, als er vor dem Baue gewesen ist. [39])

---

39) Die l. 38 cit. findet sowohl für impensae utiles wie voluptariae in der bei den letztern bemerkten Bestimmungen hinsichtlich der Hinwegnahme Anwendung, vgl. annot. ad cod. civ. Th. II. cap. II. §. 10 Ziff. 10 lit. d.

Bezüglich der impensae voluptariae ist in cod. civ. Th. II. cap. II. §. 10 Ziff. 7 verordnet, daß der Inhaber der Sache dieselben wegnehmen dürfe „soviel ohne Beschädigung der Sache geschehen kann." In §. 28 bestimmt das Gesetz: „expensae voluptuariae, welche nur zur Lust dienen, werden nicht abgezogen, sondern nur so weit es salva rei substantia geschehen kann, wiederum zurückgenommen." Es sind somit auch in dieser Hinsicht dieselben Bestimmungen für die Dotal- wie für die Eigenthumsklage gegeben. Nach den annot. zu der erstgedachten Coderstelle ist auch hier die oben allegirte l. 38 Dig. 6, 1 wieder zu beachten, welche 1) dem Kläger (hier dem Rückempfänger der dos) die Wahl läßt, ob er die Hinwegnahme der impensae voluptariae durch den Ehemann gestatten oder den Werth ihm ersetzen wolle und 2) den bekannten Grundsatz für die Hinwegnahme statuirt: neque malitiis indulgendum est, wenn z. B. der Beklagte die ausgelegte Gypsbekleidung oder das Wandgemälde abkratzen wollte, ohne davon etwas zu haben und nur zu dem Zwecke, damit es der Kläger nicht habe.

Nach der Ansicht Kreittmayrs in den annot. zu Th. I. cap. VI. §. 28 Ziff. 3 achtens, soll die l. 5 §. 2 Dig. 23, 4 de pactis dotalibus, welche bestimmt, daß ein Pactum, vermöge welches sich der Ehemann seines Anspruchs auf Ersatz der impensae necessariae begibt, ungiltig sei, im bayer. Landrechte nicht rezipirt sein. Mögen nun die Gründe, aus welchen der cod. civ. von der fraglichen Gesetzesbestimmung nichts erwähnte, vor der neuern Theorie, die in der fraglichen lex nicht mehr wie Kreittmayrs Zeitgenossen ein mysterium juris erblicken, unstichhaltig erscheinen, so müssen wir gleichwohl eine absichtliche Umgehung im Landrechte annehmen. Kreittmayr sagt uns nämlich, daß dasselbe, weil er den damaligen Lehrern des gemeinen Rechts folgen wollte, von obiger Bestimmung abstrahirte, damit es bei dem in §. 29 Nr. 6 des Cod. civ. Th. I. cap. VI. statuirten Prinzipe sein Bewenden habe, wonach die „Ehepakten allzeit vorzüglichen Ausschlag geben." Es steht demnach der allegirten Vorschrift des gemeinen Rechts der durch absichtliches Stillschweigen manifestirte Wille des bayerischen Gesetzgebers entgegen. Eine andere Abweichung von der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts statuirt das bayerische Landrecht darin, daß sämmtliche Grund-

sätze über Restitution der dos in Rücksicht auf Früchte und Kosten auch auf Paraphernalgüter Anwendung finden per verba des Gesetzes im Eingange des §. 28 „bei Restituirung des Heirath- oder andern zugebrachten Guts.“

Was nun die Rechtsmittel anlangt, durch welche die Impensen vom Ehemann bei Restitution der Dotalgüter erlangt werden, so findet in dem Falle das Retentionsrecht Anwendung, wenn der Ehemann sich zur Zeit, wann es sich um die Berechnung handelt, noch im Besitze befindet. In §. 37 Inst. 4, 6 de actionibus wird ebenso wie in §. 5 l. unica Cod. 5, 13 de rei uxoriae actione gelehrt, daß die impensae necessariae ipso jure dotem minuunt. Dieses ipso jure dotem minuere wird in der allegirten Institutionenstelle als eine Einräumung des Retentionsrechts bezeichnet, nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumtibus dos minuitur.

Wenn nun auch im römischen Rechte wegen der impensae utiles dem Ehemanne nur entweder die actio mandati eingeräumt ist, für den Fall nämlich, daß der Aufwand mit Willen der Frau gemacht wurde — l. unica Cod. cit. — oder die actio negotiorum gestorum, wenn er ohne dieselbe geschah — ibidem — so ist doch im bayer. Landrechte keinerlei Beschränkung des allgemein anwendbaren Retentionsrechts eingetreten. Dasselbe kann nämlich sowohl bezüglich der impensae necessariae als utiles in dem Maße geübt werden, welches in cod. civ. Th. IV. cap. XV. §. 2 und den annot. ad h. l. bestimmt ist. Bei den voluptariae bedarf es des Retentionsrechts nicht, da hier die Zurücknahme der Impensen salva rei substantia vom Gesetze gestattet ist. In den annot. ad cod. civ. Th. II. cap. II. §. 7 u. 8 Ziff. 12 wird bemerkt: „daß Beklagter so lang und viel, bis er um die impensas vergnügt ist, jus retentionis auf der Sach exerziren, sohin den Kläger excipiendo zurückweisen könne, ist die einhellige Sprache aller Rechtsgelehrten und zwar ohne Unterschied inter expensas necessarias et reliquas . . . ob und was für eine Aktion aber derselbe auf den Fall, da er nicht mehr in possessione rei ist, um seine passirliche impensas habe, ist zwar de jure Romano stricto sehr zweifelhaft, de aequitate et moribus hodiernis hingegen concors autorum sententia, daß ihm nicht nur exceptio et retentio,

sondern auch actio hierum gebühre . . dann ist es heut zu Tage zwischen dem, was uns jure actionis vel tantum spe exceptionis gebührt, kein realer Unterschied mehr." In der Praxis wird die Frage der Ausübung des Retentionsrechts an Dotalsachen insbesondere dann zur Sprache kommen, wenn es sich um den Konkurs über das ehefräuliche Vermögen handelt. In diesem Falle wird nun aber von der bisher herrschenden Theorie der Grundsatz vertreten, daß das Retentionsrecht gegen die Konkursgläubiger des Eigenthümers der Sache nicht geltend gemacht werden könne. v. Bayer Konkursprozeß §. 28 bezeichnet diesen Satz als einen sehr bestrittenen, schließt sich aber der Ansicht an, daß der Gläubiger, welcher vor dem Ausbruche des Konkurses an irgend einer Sache des Gemeinschuldners ein Retentionsrecht hatte, dieselbe gleichwohl an die Masse abliefern, also sein Retentionsrecht aufgeben und seine Forderung im Konkurse anmelden und liquidiren müsse. Dasselbe gelte bezüglich des Faustpfandgläubigers. Gegen diese Ansicht ist nun in einer sehr beachtenswerthen Abhandlung: Zur Lehre vom Retentionsrechte, Oldenburg 1858, Dr. Groskopff aufgetreten. Derselbe argumentirt im Wesentlichen, gestützt auf die entscheidenden Digestenstellen, in folgender Weise: Das Recht des Retinenten als solcher sei kein persönliches Recht; es beruhe gar nicht auf einem Obligationsverhältnisse, sondern lediglich in einer Detention der Sache, welche er dem Eigenthümer und jedem andern Berechtigten nur dann herauszugeben schuldig sei, wenn ihm das Seinige, welches faktisch darin steckt, herausgegeben werde. Eben weil er so das Seinige zu behalten befugt sei, könne auch ein Singularsuccessor des Eigenthümers ihm dasselbe nicht nehmen. Nach unbestrittener Annahme — v. Bayer Konkursprozeß l. c. nota 2 — könne der Verkäufer ungeachtet des über den Käufer ausgebrochenen Konkurses das Kaufsobjekt, falls er die verkaufte Sache an den Cridar noch nicht tradirt und den Kaufpreis noch nicht empfangen hat, trotz des Konkurses die verkaufte Sache so lange retiniren, bis die Konkursmasse ihm den Preis bezahlt. Insolange letzteres nicht geschehe, sei er durch Einrede geschützt. Ganz ähnlich verhalte es sich nun mit dem Rechte des Retinirenden. Nicht die Klage sei hier durch Anerbietung der Herauskehrung der Impensen bedingt, aber doch die condemnatio oder heut zu Tage die Exekution. Auch der Retinirende solle das was er faktisch

besitze, behalten, bis ihm das Aequivalent soweit dafür werde, daß der Andere sich nicht unbillig auf seine Kosten bereichere. Das würden die Concursgläubiger aber thun, welche ihm die Sache abnehmen, mit der Aufforderung, seine Ansprüche im Concurse zu verfolgen, um dort dann etwa ganz oder theilweise leer auszugehen. Auch der Retinirende sage, wie der Verkäufer: minus est actionem habere quam rem. Und was solle aus dem bloßen possessor einer fremden Sache werden, der auf diese Verwendungen gemacht habe, dem deßhalb gar kein Forderungsrecht zustehe und von dem es daher in l. 33 Dig. de cond. indeb. 12, 6 heiße: nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse. Vgl. insbesondere l. c. S. 92—98. Vom Standpunkte des bayerischen Landrechts und Prozesses dürfte der Anwendung der entwickelten Lehre Nichts im Wege stehen. Das Retentionsrecht genießt, wie bereits dargelegt, im Landrechte selbst weiten, unbeschränkten Spielraum. Nach der Bestimmung des cod. jud. cap. XX. §. 16 quarto ist insbesondere der Satz, daß verkaufte Sachen, wenn der Kaufpreis noch nicht bezahlt, das dominium aber entweder ausdrücklich vorbehalten, oder doch nachweislich nicht auf Borg gehandelt wurden, sich des Separationsrechts in concursu erfreuen, anerkannt. Nach §. 1 des Einführungsgesetzes zum Hypotheken- und Prioritätsgesetze vom 1. Juni 1822 sind nur hinsichtlich derjenigen Gegenstände die bestehenden Gesetze und Verordnungen aufgehoben, welche in dem Hypothekengesetze und der Prioritätsordnung bestimmt sind. Wenn nun auch in §. 21 Ziff. 1 der letzteren verordnet ist, daß die Besitzer der Faust- oder Nutzungspfänder dieselben zur Concursmasse abzuliefern haben, so ist doch hinsichtlich derjenigen Sachen, welche jure retentionis zurückbehalten werden, nichts bestimmt und sind deßhalb die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich des Retentionsrechts überhaupt, als auch die zutreffende Analogie insbesondere, welche der Retinent mit dem Verkäufer bei noch nicht gezahltem Kaufschillinge hat, anwendbar.

Ueber den Werthanschlag jener Impensen, welche nicht in natura refundirt werden, sondern nach einem bestimmten Preise angesetzt werden müssen, äußern sich die Anmerkungen zu Th. II. cap. II. §§. 7 u. 8 Ziff. 13. Die Grundzüge des Verfahrens um den Werthsanschlag herzustellen, sind nach Kreittmayr l. c. folgende: Nach der

oben allegirten l. 38 Dig. 6, 1 de rei vind., welche sagt: si paratus est dominus dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas steht dem Eigenthümer frei, soviel zu bezahlen, als der Besitzer erhalten würde, wenn das Hinzugethane wieder getrennt worden wäre. Diese dem Eigenthümer eingeräumte Befugniß leidet aber eine von Kreittmayr l. c. nicht berücksichtigte Beschränkung hinsichtlich der impensae voluptariae. Diese können nämlich vom Ehemann als possessor rei dotalis nach §. 28 des Landrechts a. a. O. unbedingt, soweit es ohne Beschädigung der Sache — aber auch nur insoweit dieß geschehen kann, zurückgenommen werden. Die obige potestas ist hier sonach durch das Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen. Hinsichtlich der impensae necessariae und utiles sagt die l. 38 Dig. cit., daß in keinem Falle mehr refundirt werde, als der Werth der Melioration beträgt. Ist diese eben so viel oder mehr im Werthe als der gemachte Aufwand, so wird derselbe ganz, ist sie aber weniger werth, so wird nur so viel zur Aufrechnung zugelassen, als die Besserung werth ist. Vgl. annot. l. c. Hinsichtlich der Art und Weise, wie die Ermittlung des Werthes geschieht, verweisen die annot. auf l. 16 Cod. 4, 44 de resc vend. worin die Beschaffenheit der Sache und die Quantität der Einkünfte bei dem Anschlage eines Gutswerthes als maßgebend bezeichnet werden; ein mindestens zehnjähriger Durchschnitt der Erträgnisse wird empfohlen und aufmerksam gemacht, daß weder der Anschlag, um den einzelne Individuen in „individueller Wärme für Erwerbung der betreffenden Sache" lizitiren, noch der Erwerbspreis, sondern die „gemeine Schätzung und wie hoch dergleichen Sachen a potiori an den Mann gebracht werden" maßgebend sein sollen.[40])

§. 13. Begründung und Beweis der Klage auf Restitution der dos. Einrede der nicht gezahlten dos.

Es ist bereits aus dem Vorerörterten bekannt, daß auf Restitution der dos sowohl eine persönliche, als eine dringliche Klage eingeräumt sei. Wurde bei Bestellung der dos über die Rückforderung paktirt,

40) Weitere hier zu beachtende Normen in Betreff des etwanigen „Abschleifes" und der Wahl der Schätzmänner s. annot. l. c.

so sind die Bestimmungen des Vertrages maßgebend und es wird dann eine actio praescriptis verbis, außerdem aber die actio de dote, welche eine bonae fidei Klage ist, und sowohl der Frau als deren Erben zusteht, eingeräumt, l. unica Cod. de rei uxoriae actione, annot. ad cod. civ. Th. I. cap. VI. §. 13 Ziff. 20. Außer der persönlichen Klage steht nicht nur gegen den Ehemann, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer, soweit die res dotales noch extantes sind, d. h. in natura existiren, und insoferne sie nicht venditionis gratia ästimirt in dotem gegeben wurden, die Vindikationsklage zu l. 30 Cod. de jure dot. 5, auch sogar bei permutatio dotis vgl. §. 10 oben und annot. l. c. Dagegen existiren im heutigen Hypotheken- u. Prioritätsrechte stillschweigende Hypotheken nicht mehr, die hypotheca legalis, von welcher Ldr. Th. I. cap. VI. §. 25 1^mo^, dann cod. jud. cap. XX. §. 6 sprechen, ist aufgehoben, denn stillschweigende Hypotheken vertragen sich mit dem Prinzipe unseres auf Oeffentlichkeit basirten Hypothekengesetzes durchaus nicht. [41]) Man hat vielmehr, wie weiter unten zu besprechen sein wird, den Rechtstitel der Ehefrau zur Erwerbung einer Hypothek als einen gesetzlichen anerkannt, aber von der Eintragung in das öffentliche Buch die Wirksamkeit desselben abhängig gemacht. Die actio hypothecaria der Ehefrau ist somit von der wirklichen Eintragung ins Hypothekenbuch abhängig gemacht und ohne diese nicht denkbar, deßhalb hier nicht weiter zu erwähnen.

Zu den klagsbegründenden Thatsachen, welche nach Vorschrift des Judiziarcodex die Klage enthalten muß, zu welchen außer der legitimatio activa et passiva, der Angabe der geforderten Objekte, der Bestimmung des Zeitpunktes, seit welchem die Rückforderung auch die Angabe des Grundes, durch welchen (Tod, Scheidung, richterliches Urtheil) sie geboren wurde, gehört, kömmt noch insbesondere die Behauptung der wirklichen Einbringung der dos. Nach Vorschrift des cod. civ. Th. I. cap. VI. §. 24 soll die wirkliche Einbringung des Heirath- oder andern Gutes nicht gemuthmaßt, sondern von dem angebenden Theile auf Widersprechen bewiesen werden, welches

41) Vgl. v. Gönner Comm. zum Hyp. Ges. Bd. I. S. 111 S. 147.

„sowohl durch Zeugen, als Urkunden und andere ordinäre Probemittel bewerkstelligt werden mag.“ Zwischen den Lehrern des gemeinen Rechts besteht eine große Controverse darüber, ob der Kläger bloß darzuthun habe, daß Sachen oder Geld dem Manne von der Ehefrau seien eingehändigt worden, weil die Dotalqualität der eingebrachten Güter im Zweifel vermuthet werde — diese Ansicht vertheidigen von Glück, Mühlenbruch, vgl. Glück Commentar zu den Pand. Bd. XXV., S. 220—246, XXVII., S. 336 und die dort Allegirten — oder ob die Ehefrau nicht nur beweisen müsse, daß sie dem Ehemanne etwas zugebracht habe, sondern auch, daß das Zugebrachte ein Heirathsgut gewesen sei, weil insolange die Dotalqualität nicht nachgewiesen werde, die von der Frau in die Ehe gebrachten Güter für Paraphernalien zu halten seien — J. Chr. Hasse Güterrecht der Ehegatten, S. 412—452. — Diese gemeinrechtliche Controverse scheint uns im Sinne des letztallegirten entschieden werden zu müssen; für das bayer. Landr. besteht kein Zweifel. Was nicht „ausdrücklich“ — §. 22 cap. VI. des Ldr. — als Heirathgut zugebracht worden, was nicht sogar per pacta — §. 29 Ziff. 4 ibid — als dos darzuthun ist, soll nicht als dos, sondern nur als Paraphernum gelten. Die einzelnen Beweismittel erfordern besondere Beachtung. Hinsichtlich der Zeugen werden von Glück Pand. Comm. Bd. XXVII. S. 348 mehrere Regeln aufgeführt, deren Anwendbarkeit umsomehr dahin gestellt bleiben kann, als der bayer. Judiziarcodex für dieses Beweismittel genügende Anhaltspunkte gibt. Die Eideszuschiebung der Ehefrau gegenüber dem insolventen Ehemanne im Conkurse der Gläubiger hat in der bayerischen Praxis zu sehr abweichenden Erkenntnissen geführt. Man vgl. a) die Erkenntnisse des O.-A.-G. vom 19. Apr. 1825, 12. Juli 1825 und 11. Nov. 1859 und b) die Erkenntnisse vom 7. Aug. 1841, 29. Juli 1844 in den Bl. für Rechtsanwendung in Bayern Bd. IV. S. 215, Bd. X. S. 107, Bd. XXV., S. 24. Der Herausgeber der genannten Blätter spricht an letztbezeichneter Stelle den wohl gegründeten Wunsch aus, daß ein Plenarbeschluß dem Schwanken der Praxis ein Ziel setze. Die Erkenntnisse ad a) stellen die Ansicht auf, daß sich die Ehefrau im Conkurse über das Vermögen ihres Ehemannes zum Beweise der Illation der Eidesdelation an den insolventen Gatten nicht bedienen könne;

die Erkenntnisse ad b) erklären dieselbe für zulässig. Eine nähere Erörterung der Frage scheint hiedurch geboten.

Die Gesetzesstellen, um deren Auslegung und Vereinigung es sich handelt, sind folgende:

Ldr. Th. I. cap. VI. §. 24 Ziff. 1—3, Gerichtsordnung cap. XX. §. 6 Nr. 5 u. 6, und cap. XIX. §. 12 Eingangs. In der erstgedachten Stelle wird ein durchgreifender Unterschied zwischen dem Falle gemacht, wenn der Beweis „durch Zeugen, Urkunden und andere ordinäre Probemittel bewerkstelliget wird“ und dem Falle, wenn der Beweis auf das bloße Geständniß des Ehemanns ankommt. Der letztere Fall soll nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung cap. XX. §. 6 Nr. 5 u. 6 beurtheilt werden. Die Gerichtsordnung XX. §. 6 Nr. 5 u. 6 handelt vom Conkurse der Gläubiger und von dem Falle, daß in diesem die Illation des Heirathsgutes bewiesen werden muß. Sie beschränkt aber ausdrücklich diesen Beweis auf Zeugen, Urkunden und ein Geständniß des Ehemanns, das bezüglich der Dotalgüter durch Urkunden mitunterstützt oder hinsichtlich der Paraphernalien durch zehnjährige Cohabitation oder andern adminicula bestätigt sein muß; vom Eide des Ehemanns ist hier keine Sprache. Die Gerichtsordnung in cap. XIX. §. 12 enthält keine Vorschrift über die Zulässigkeit des Eides als Beweismittel, sondern schreibt nur vor, wann der Eid, falls er „gestalten Dingen nach“ zum Beweise dient, deferirt werden müsse und wann er abzuleisten sei. Die Frage reduzirt sich sonach auf folgende zwei Momente: Wollte durch die Vorschrift in Ldr. Th. I. cap. VI. §. 24 der Eid als Beweismittel für die Illation allgemein, d. h. sowohl im Streite der Ehefrau gegen den Ehemann, als auch im Streite der Ehefrau gegen den insolventen Ehemann bei vorliegendem Conkurse zugelassen werden, oder wurde durch die Nichterwähnung des Eides in Ger.-Ordn. cap. XX. §. 6 Nr. 5 u. 6 beabsichtigt, denselben als bei dem Beweise der Illation im Conkurse für überhaupt unzulässig zu erklären? Wenn man die Bestimmung in §. 24 des cap. VI. Th. I. des Landr. ins Auge faßt, so scheint sich zu ergeben, daß der Streit im Conkurse dort gar nicht berührt werden wollte. Die Stelle lautet: „Die wirkliche Einbringung des Heirath- oder anderen Gutes wird 1mo nicht gemuthmaßt, sondern muß von dem angebenden Theile

auf Widersprechen bewiesen werden, welches zwar 2do sowohl durch Zeugen, als Urkunden und andere ordinäre Probemittel bewerkstelliget werden mag. Falls aber 3tio der Beweis auf das bloße Geständniß des Ehemanns ankommt, so ist der Unterschied zu beobachten, ob die Einbringung von dem Ehemanne selbst, oder von seinen Gläubigern oder Kindern erster Ehe im Conkurse widersprochen werde. Von dem letzteren Falle sieh cod. jud. cap. XX. §. 6 Nr. 5 u. 6." Der Fall des Conkurses scheint hier überhaupt und in seiner ganzen Ausdehnung dem Judiziarcodex zur Regelung überwiesen zu sein. Wir haben in der That aus der Stellung des §. 24 Veranlassung zu der Annahme, daß hier eine Vorschrift für den Conkursprozeß überhaupt nicht gegeben werden wollte. Gerade deßhalb, weil in cod. jud. cap. XX. §. 6 Nr. 5 u. 6 der Beweis der Illation des Heirathsguts im Conkurse durch Zeugen und schriftliche Urkunden wiederholt erwähnt, der Beweis durch „andere Probsmittel" unerwähnt gelassen worden ist, muß angenommen werden, daß in §. 24 des cap. VI. die Frage der Beweisführung im Conkursprozesse nicht berührt werden wollte. Wäre dieß nicht der Fall, so brauchte ja in cod. jud. cap. XX. §. 6 Nr. 5 der Zeugen- und Urkundenbeweis gar nicht erwähnt zu werden. Nimmt man aber Rücksicht auf die ratio legis, so gelangt man zu folgendem Resultate. Der Grund der besonderen Regulirung der Beweisführung über Illation des Heirathgutes im Allgemeinen ist hinsichtlich des §. 24 des cod. civ. p. I. cap. VI. u. des cod. jud. cap. XX. §. 6 ein sehr verschiedener. Während dort man dem Empfangsbekenntnisse des Ehemanns selbst, wenn es schriftlich vor Eingehung der Ehe ausgestellt ist, nicht traut, weil der Bräutigam leicht zu bestätigen geneigt sei in der Hoffnung später zu empfangen, liegt hier ein noch viel berechtigterer Grund des Mißtrauens darin, daß der Ehemann als Cridar der Ehefrau gegenüber eine ganz andere Person repräsentirt, als irgend welchem Gläubiger gegenüber. Das Interesse des Gemeinschuldners und der Ehefrau sind fast Eines. Denn was die Ehefrau hat, hat auch der Gemeinschuldner; ja sogar durch die Vorschrift des Gesetzes ist die Ehefrau angehalten aus ihrem Hab und Gut den Ehemann zu alimentiren — Landr. Th. I. cap. VI. §. 12 7mo. Es ist also dringende Veranlassung gegeben, den Fall der Conkurrenz der Ehefrau mit Gläubigern

besonderen Einschränkungen zu unterwerfen. Hinsichtlich des beschworenen Geständnisses hebt B. Schmid ad edict. process. Tit. 2 art. 12 Nr. 12 mit großer Energie die Werthlosigkeit desselben hervor; es besteht nicht der mindeste Grund alle Angaben in dieser Beziehung nicht auch gleichmäßig auf den von der Ehefrau zugeschobenen Eid anzuwenden.

Die Gründe, welche für die Ansicht, daß sich die Ehefrau im Conkurse ihres Ehemanns zum Beweise ihres Eingebrachten der Eideszuschiebung an denselben bedienen dürfe, vorgebracht werden, sind in den Bl. f. R.-A. Bd. X. S. 107 u. ff. entwickelt und im Wesentlichen folgende: 1) Die Bestimmung des cod. jud. cap. XIX. §. 12 1mo erkläre die Delation des Haupteides an den Gemeinschuldner unbedingt als zulässig. Diese Behauptung halten wir in doppelter Hinsicht nicht für richtig; Einmal, weil dort nicht unbedingt, sondern nur „gestalten Dingen nach" der Eid für zulässig gehalten; dann aber und ganz besonders deßhalb, weil nach Inhalt der allegirten Stelle die Frage der Zulässigkeit gar nicht, sondern nur die Prozedur beim Beweise mittelst Eides Gegenstand der Erörterung ist. Die Stelle lautet: „Wo die eingeklagte Schuld gestalten Dingen nach durch das juramentum decisorium, vel suppletorium bewiesen werden muß, soll jenes 1mo dem Schuldner gleich am ersten Ediktstage deferirt und am zweiten Ediktstage abgelegt oder referirt und da weder eins noch anderes geschieht, das Jurament pro relato gehalten, mithin am dritten Ediktstage von dem Gläubiger wirklich abgelegt werden, ohne daß die Widerrufung des Eids jemals mehr Platz greift." In dieser Stelle und ebenso in dem ganzen §. 12 ist durchaus nur die Prozedur, nirgends aber die Zulässigkeit behandelt. 2) Jeder Nachtheil der Gläubiger durch Collusion werde dadurch beseitigt, daß der Deferent nach der gesetzlichen Bestimmung entweder selbst schwören müsse (im Fall der Relation) oder daß der Gemeinschuldner zu schwören habe. Auch könne der Grund der Collusion deßhalb nicht entscheiden, weil derselbe auch bei Freunden und Verwandten denkbar und dort der Eid gleichfalls zulässig sei. Allein ist hier nicht berücksichtigt, daß Mann und Weib in viel innigerem Verhältnisse stehen, als andere Verwandte, daß das Interesse hier ein nahezu identisches sei. 3) Es sei der Judiziarcodex das frühere, der codex civilis das spätere Gesetz; im letzteren aber

von den „ordinari Probsmitteln", somit auch vom Eide als einem zuläßigen Beweismittel die Rede. Hier ist zu entgegnen, daß vor Allem nicht feststehe, ob denn das Landrecht vom Conkurse sprechen wollte. Nach unserer obigen Erörterung wollte es die Bestimmungen über den Beweis der Illation im Conkurse gar nicht berühren, sondern dem Judiziarcoder, auf welchen ausdrücklich verwiesen ist, vorbehalten. Ueberdieß stünde die Vorschrift über den Beweis im Conkursprozesse zu der allgemeinen in §. 24 cap. VI. Th. I. des Ldr. im Verhältnisse der Spezialregel zur Generalregel, so daß der Grundsatz lex posterior generalis non derogat priori speciali — vgl. l. 80 Dig. 50, 17 de reg. juris hier anzuwenden wäre. [42]) Einige Schwierigkeiten der Beweisführung wurden durch Gesetz vom 26. März 1859 — die Einrede des nicht gezahlten Geldes und Heirathgutes betreffend — für die Zukunft beseitigt, aber in Rücksicht jener Urkunden, deren Datum ein älteres ist als vom 9. April 1859, dem Promulgationstage des bezeichneten Gesetzes, kann das ältere Gesetz noch immer anwendbar sein. Die allegirte Gesetzesstelle cap VI. §. 24 Th. I. steht in Harmonie mit den Vorschriften in Th. IV. cap. XI. des cod. civ. Die Bescheinigung des Geldempfangs wurde mit besondern Cautelen umgeben, weil man der Muthmaßung im Rechte Raum gewährte, daß sie im Voraus erfolgt, die Erlage des Geldes dann aber nicht eingetreten sei. Daher die Bestimmung, daß Urkunden, welche einen Geldempfang bescheinigten, innerhalb einer gewissen Zeit — 2 Jahren bei Schuldscheinen, 30 Tagen bei Quittungen — nicht nur agendo herausbegehrt, sondern auch excipiendo und replicando durch die nackte Vorschützung obiger Behauptung beweisunkräftig gemacht würden. Der Zweck der sogenannten exceptio non numeratae pecuniae war kein anderer als der, die Beweiskraft der Urkunde zu zerstören — vgl. Ruhwandl in den Bl. f. R.-A. Bd. XII. S. 340 und annot. ad p. IV. cap. XI. §. 2 des cod. civ. in fine.

42) Uebereinstimmend mit der Ansicht, daß die Eidesrelation unzuläßig sei, die Schriftsteller sächsischen Rechts bei Emminghaus Pandekten sächs. Rechts S. 315. At enim confessio mariti de recepta dote, quamvis sit jurata in concursu creditorum non probat, adeo ut ne uxor quidem regulariter ad jurisjurandum suppletorium admittatur, quamquam eidem interdum pro conditione eorum, quae circumstant rem, locus datur: cf. Berger, resp. III., 255. Berger decis, 38., Hommel Rhaps. o. 425.

Hatte nun schon bei Darlehens- und ähnlichen Geschäften, insoweit nicht in §. 6 Th. IV. cap. XI. spezielle Ausnahmen begründet waren, der Verdacht des Gesetzgebers sich gegen schriftliche Empfangsbestätigungen gewendet, so trat dieser in erhöhtem Maße bei der Bestätigung der empfangenen dos hervor. Hier ging er nicht bloß gegen die schriftliche Bestätigung, sondern auch gegen das Geständniß des Ehemanns. Leicht begreiflich. Es lassen sich ja so manchfache Gründe denken, aus welchen simulirter Weise ein Empfangsbekenntniß des Ehemanns wegen der dos numerata resp. illata eintreten kann. Baron Schmid in den Anmerkungen zum alten Landrecht Tit. I. art. 20 und Kreittmayr haben besonders auf die Leichtigkeit hingewiesen, mit welcher der nach dem Besitze der Braut strebende angehende Ehemann Empfangsbestätigungen ausstelle in Anhoffung künftigen, sich aber nicht realisirenden Empfanges auf die eigennützigen Gründe, welche den verschuldeten Ehemann bestimmen könnten, sowohl zu seinem, als seiner Kinder Vortheil und zum Nachtheile der Gläubiger den Empfang der dos wahrheitswidrig zu bescheinigen — vgl. B. Schmid ad edict. proc. Tit. II. art. 12 Nr. 2. Eben deßhalb wurde der Empfang der dos, wenn derselbe durch Geständniß des Ehemannes bewiesen werden wollte, besonderer gesetzlicher Normirung unterworfen. Würde der Beweis der illatio dotis von dem Restitutionskläger durch Zeugen, Urkunden, die nicht bloß ein eheherrliches Geständniß enthielten, oder Vermuthungen geführt, so sollte derselbe nichts Besonders haben.[43])

Der Beweis mittelst Geständnisses des Ehemannes ist im Landrecht von 1756 in folgender Weise eingeschränkt. Erster Fall: Es handelt sich um den Widerspruch des Ehemannes oder dessen Erben gegen ein früher vom Ehemanne selbst abgelegtes Empfangsbekenntniß. Hier ist zu unterscheiden a) ob das Empfangsbekenntniß bloß in den Ehepakten oder b) in diesen und zugleich in einer nach Eingehung der Ehe ausgestellten Quittung niedergelegt worden ist,

---

43) Nur verlangt B. Schmid ad proc. edict. tit. 2 art. 12 Nr. 5 exactissimum testimonium, ut scilicet omnes testes circumstantias temporis loci et personae quae dotem marito attulit et actualiter numeravit, specifice exprimant, ne in mulieris assertionem de illatione dotis ulla sinistra suspicio cadere possit.

c) ob lediglich eine nach erfolgter Copulation ausgestellte Empfangsbestätigung vorhanden sei, d) ob die Ehe zwei Jahre, über 2 Jahre, doch nicht volle zehn Jahre, oder endlich volle 10 Jahre und darüber gedauert habe. Ist nämlich in den Ehepakten keine Empfangsbestätigung enthalten und ebenso wenig eine solche nach erfolgter Copulation ausgestellt worden, dann soll die exc. non numeratae dotis ohne jede Rücksicht auf die Zeitdauer der Ehe stattfinden bis die Einbringung sattsam erwiesen werden kann.[44]) Enthalten die Ehepakten[45]) eine Empfangsbestätigung, welcher eine nach der Ehe erfolgte Quittung nachfolgt — oder, was gleich steht, ist nur eine nach erfolgter Ehe ausgestellte Quittung vorhanden, dann wird die exc. non num. dotis bei einer Ehe, die nicht über zwei Jahre gedauert hat, in der Weise zugelassen, daß sie innerhalb Eines Jahres von Auflösung der Ehe vorgebracht werden kann, selbstverständlich mit der ihr eigenthümlichen Wirkung, das betreffende Dokument beweisuntüchtig zu machen. Bei einer mehr als zwei-, weniger als zehnjährigen Dauer der Ehe wird diese Frist auf neunzig Tage beschränkt. Bei einer zehn- oder mehr als zehnjährigen Dauer der Ehe fällt beim Vorhandensein eines Empfangsbekenntnisses in den Ehepakten die fragliche exceptio ganz hinweg, auch dann, wenn ein Empfangsbekenntniß nach erfolgter Ehe nicht vorliegt. Das oben allegirte Gesetz vom 26. März 1859 hat nun bestimmt und zwar in „Art. 1: Schuldscheine, Quittungen und andere ein Empfangsbekenntniß enthaltende Urkunden verlieren durch die ihnen entgegengestellte Behauptung, daß der Aussteller, das als empfangen Bescheinigte nicht erhalten habe, nichts an ihrer Beweiskraft . . . . Art. 3: Das gegenwärtige Gesetz tritt mit dem Tage seiner Bekanntmachung durch das Gesetzblatt (9. April 1859) in den Landestheilen diesseits des Rheins in Wirksamkeit. Von dem genannten Tage an sind alle

44) In diesem Falle ist die exc. non num. dotis nicht jene Beweiseinrede, als welche unter Berufung auf Bl. f. Rechts.-Anw. Bd. XII. S. 340 wir sie bezeichneten; dann handelt es sich nicht um die Zerstörung einer Urkunde und resp. deren Beweiskraft, sondern um ein materielles Vorbringen zur Sache selbst, dessen Erweisung nichts Besonderes der Betrachtung bietet.

45) Ohne Ehepakten kann nach der obigen Erörterung eine dos nicht bestehen, da sie ohne deren Errichtung nur als Parapher nalgut gilt.

gesetzlichen Vorschriften aufgehoben, welche dermalen in diesen Landestheilen über die durch den Ablauf einer bestimmten Zeit bedingte Beweiskraft der Schuld- und Empfangsbekenntnisse und die hierauf bezügliche Einwendung des nicht gezahlten Geldes, dann des nicht eingebrachten Heirathgutes oder andern Vermögens einer Ehefrau gelten oder in anderer Beziehung dem Inhalte des gegenwärtigen Gesetzes entgegenstehen. Auf Urkunden, welche schon vor dem erwähnten Tage ausgestellt worden sind, findet das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung." Alle in §. 24 cap. 6 enthaltenen Unterscheidungen und Vorschriften wollen nur die Beweiskraft durch den Ablauf einer bestimmten Zeit bedingen — sie sind sonach sämmtlich der Aufhebung verfallen,[46]) soweit es sich um Urkunden handelt, die nach dem 9. April 1859 entstanden, während für solche Empfangsbekenntnisse die in Urkunden enthalten sind, welche früheres Datum tragen, immer noch die Regeln des Landrechts von 1756 gelten und somit der §. 24 cap. VI. soweit er die exc. non num. dotis betrifft noch eine Reihe von Jahren, mit Rücksicht jedoch auf den Wegfall der exc. nach 10jähriger Cohabitation nur auf eine beschränkte Reihe von Jahren Anwendung finden kann.

Hinsichtlich der Paraphernalgüter gilt nach §. 24 in fine dasselbe, wie bezüglich des Heirathguts.

Zweiter Fall. Der Widerspruch gegen das Empfangsbekenntniß des Ehemannes wird nicht von diesem selbst, sondern von Gläubigern im Concurse über das eheherrliche Vermögen oder von dessen erstehelichen Kindern erhoben. Hier verordnet das Landrecht von 1756 in §. 24, daß die Bestimmungen des cod. jud. in cap. XX. §. 6 Nr. 5 u. 6, welche hinwiederum auf das alte Landrecht v. 1616 im Gantprozeß Tit. 2 art. 12 gegründet sind, zur Anwendung zu kommen haben. In cod. jud. l. c. ist bestimmt: „Es wird dieser

46) Nach dem Gesetzentwurfe, Beilagenband der Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe S. 67, sollte namentlich Th. I. cap. VI. §. 24 Ziff. 3 und ff., dann Th. IV. cap. 11 des bayer. Landrechts, sowie cap. XX. §. 6 Ziff. 5 u. 6 der Gerichtsordnung als außer Kraft gesetzt erklärt werden. Es wurde jedoch der Abstrich des betreffenden Art. 5 Abs. 3 beschlossen, weil immerhin möglich sei, daß die speziell bezeichneten Gesetzesvorschriften nicht die einzigen seien, welche aufzuhören haben und die Weglassung solcher speziellen Allegationen der bisherigen Uebung entspreche.

Beweis der wirklichen Illation des prätendirten Heirathguts nicht nur durch Zeugen oder schriftliche Urkunden, sondern auch durch des Ehemanns eigenes Geständniß bewirkt, welch letzternfalls aber drei Dinge [47]) ohne Unterschied, ob das Geständniß vor oder nach der Copulation geschehen, zur Probe erforderlich sind: nämlich fürs erste, daß das Heirathsgut in den pactis dotalibus vorläufig versprochen, zweitens der Empfang mittelst besonderer Quittung von dem Ehemanne [48]) bescheiniget und drittens durch zehnjährige Cohabitation bestätiget sei; außerdem und da an den zehn Jahren etwas ermangelt, soll die Quittung durch einen siegelmäßigen Zeugen nebst dem Ehemanne mitgefertiget, oder der Empfang entweder durch einen unverwerflichen Zeugen und des Mannes Quittung, oder ohne Quittung durch zwei Zeugen, so von der Erlage hinlänglich Auskunft geben mögen, bewiesen sein. . . . . . Soviel die Einbringung der Paraphernalium anlangt, soll des Ehemanns bloßes Geständniß, ohne daß selbes entweder durch zehnjährige Cohabitation oder andere adminicala bestätiget wird, gleichfalls keine Probe gegen die creditores in concursu machen." Da nun auch hier die Beweiskraft der Empfangsurkunde durch die zehnjährige Cohabitation hergestellt werden soll, so tritt auch hier das Gesetz vom 26. März 1859 in Wirkung und muß Alles, was bezüglich dessen Anwendung zum ersten Falle gesagt worden ist, auch hier wiederholt werden.

Bei allem Vorhergehenden fand die Frage noch keine Würdigung, welche Beweiskraft denn dem Empfangsbekenntnisse des Ehemanns mittelst bloßer mündlicher, nicht urkundlich dokumentirter confessio beigemessen werden müsse? Hier müssen wir auf die Grundsätze des cod. jud. über die confessio in cod. jud. cap. XII. §. 1 und auf den Unterschied der beiden Hauptfälle verweisen. Ist nämlich der Ehemann trotz des Geständnisses mit der Behauptung hervorgetreten, daß er die dos nicht empfangen habe, so wird sein mündliches Geständniß, falls es rite nachgewiesen werden kann, so präjudiziren wie dieß in cod. jud. l. c. angeordnet ist: ist aber der Fall gegeben, daß

47) copulative.

48) oder Bräutigame, da es gleichgültig ist, ob die Quittung vor oder nach der Copulation ausgestellt wurde, wenn sie nur eine von den Ehepakten getrennte ist.

seine confessio Dritten präjudiziren würde, wie in unserem zweiten Hauptfalle, so würde cod. jud. l. c. 11mo zur Anwendung kommen, welcher sagt: „Präjudizirt sowohl schriftliches als mündliches und anderes Geständniß allzeit nur dem geständigen Theil und seinen Erben, niemals einem Dritten, folglich auch keinem successori singulari“ und mit welchem in Verbindung zu setzen ist cod. jud. cap. 19 §. 6 Nr. 2, wo es heißt: „Wird auch durch das von Seite des Schuldners erst nach erregtem Konkurse erfolgte Geständniß oder Agnition einer Schuldforderung ohne andere dazu kommende erhebliche adminicula den Mitgläubigern an ihren dagegen habenden rechtlichen Einwendungen nichts benommen oder präjudizirt, wohl hingegen kömmt jedem aus ihnen zu Guten, was der Schuldner gegen diese oder jene Forderung mit Fug wirklich eingewendet oder wenigstens einzuwenden gehabt hat.“ Welcher Art die erheblichen adminicula sein können, wird insbesondere aus Leyser specimen 320 Thes. 6—12 incl. ersehen werden können. In der letztangeführten Thesis stellt Leyser den Satz auf: Si probatio illatorum nimis intricata est, judex ex aequo et bono maritum ejusve heredes in aliquam pecuniae summam damnare potest. Kreittmayr erwähnt desselben, dahin gestellt lassend, ob ihm beizupflichten sei oder nicht. 49)

Die Gleichstellung des Paraphernal- und andern Guts mit der dos in Hinsicht auf Begründung und Erprobung der Klage, erhellt durch die Eingangsworte des §. 24 „des Heirath- oder andern Guts.“

§. 14. Sicherung des Heirathsguts.

Unser Codex spricht in Th. I. cap. VI. §. 25 Eingangs von dem „stillschweigenden Unterpfands“-, dann dem Vorzugs- oder Separa-

49) Die juris consulti Helmstadienses haben nach Leysers Zeugniß ein Urtheil in diesem Sinne gefällt und sich hiebei auf die Natur der actio rei uxoriae, welche eine bonae fidei actio und sonach dem Inhalte des §. 30 Inst. 4, 6 de actionibus: In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui debeat entsprechend eine solche aestimatio zulasse, gestützt. Die fragliche Entscheidung entspricht in der That sowohl der Natur der Dotalklage als dem Prinzipe des freien richterlichen Ermessens, das sich immer mehr im Rechtsleben Bahn bricht.

tionsrechte, welche in cod. jud. cap. XX. der Ehefrau gewährt worden seien, um deren Heirath- und eingebrachtes Gut zu sichern. Das römische Recht schon hat der Ehefrau zur Sicherung ihrer Dotalforderungen in l. unica §. 1 Cod. de rei uxoriae actione 5, 13 eine tacita hypotheca eingeräumt und der cod. jud. hat in cap. XX. §. 6 die fünfte seiner zehn Prioritätsklassen dem stillschweigenden Unterpfandsrechte der Ehefrau gewidmet und ihr das Vorzugsrecht vor andern stillschweigenden Hypotheken gegeben. Durch das Hypotheken- und Prioritätsgesetz vom 1. Juni 1822 sind die stillschweigenden Hypotheken- und Vorzugsrechte hinweggefallen — vgl. §. 13 oben. — Von der Sicherung des Heirathsguts durch diese kann deßhalb keine Rede mehr sein. Gleichwohl haben das Hypotheken- wie das Prioritätsgesetz dem Heirathsgute die begünstigte Stellung, welche ihm von Justinian eingeräumt war, keineswegs entzogen und dem hergebrachten favor dotis in nachstehender Weise Rechnung getragen:

A. Das Hypothekengesetz hat im §. 104 Ziff. 5 folgende Bestimmung getroffen: „Den Eintrag der Hypothek der Ehefrauen kann nebst dem Ehemann und der Ehefrau, jeder Verwandte derselben, wie auch das Gericht, [50]) welches die Ehepakten aufgenommen hat, verlangen; dieser Unterlassung wegen findet jedoch weder gegen Verwandte noch gegen das Gericht eine Entschädigungsklage statt. Auch soll die Ehefrau hinsichtlich ihrer Rechte auf den Eintrag in das Hypothekenbuch für ihre Forderungen durch die den Ehevertrag aufnehmende Gerichtsbehörde oder durch den Richter des Wohnorts unterrichtet werden. [51])

Ferner sind der Vormund, so wie der Nebenvormund einer min-

50) Ehepakten sind jetzt notarielle Urkunden. Es entsteht nun die Frage, ob an die Stelle des Gerichts als Notariatsbehörde jenes Gericht getreten sei, welches als Curatelbehörde fungirt. Wir glauben dieselbe um so unbedenklicher bejahen zu dürfen, als es schwerlich Jemanden in den Sinn kommen wird, solche Funktionen amtlicher Curatel dem hiefür nicht berufenen Notar zuzuweisen. Der Notar hätte hiebei überdieß eine unzulässige doppelte Funktion: die des Antragstellers und des Beamten, welcher den Antrag vollzieht.

51) Diese Belehrung gehört zu jenen, welche nach Art. 20 des Notariatsgesetzes von dem Notare, welcher die Urkunde errichtet, ertheilt werden können. Nach der allegirten Bestimmung des Hyp.-Ges. hätte man allerdings im Notariatsgesetze eine Vorschrift über die Nothwendigkeit derselben erwarten dürfen.

derjährigen Braut und die vormundschaftliche Behörde bei eigener Haftung verbunden, den Eintrag in das Hypothekenbuch auf das Vermögen des Bräutigams für das Heirathsgut und alle der Nutznießung des Ehemanns überlassene Illaten zu besorgen." Hiemit in engster Verbindung steht die Vorschrift des Hypothekengesetzes §. 12. Nach dieser sind zur Erwerbung einer Hypothek kraft des Gesetzes selbst und ohne daß dazu eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners nothwendig wäre unter andern aus gesetzlichem Rechtstitel berechtigten unter Ziff. 6 auch die Ehefrauen wegen ihres bei Eingehung der Ehe oder während derselben eingebrachten Vermögens, wegen der aus dem Ehevertrage ihr zustehenden Rechte, wegen ihrer Entschädigungsansprüche rücksichtlich der mit ihrem Ehemann übernommenen Verbindlichkeiten und wegen Verwendung ihrer von demselben veräußerten Güter auf den Immobilien ihres Ehemannes aufgezählt. Die Instruktion über den Vollzug des Hypothekengesetzes beauftragt die Hypothekenämter auf Sicherstellung des Heirathsguts und eingebrachten Vermögens minderjähriger Ehefrauen insbesondere ihr Augenmerk zu richten — §. 46 der Instr. — während hinsichtlich der großjährigen gesagt wird, daß auf dieselben nicht nothwendig Rücksicht genommen werden müsse. Dieselben seien vielmehr, wenn sie sich nicht selbst anmelden, nur bei Anmeldung anderer Forderungen (also doch mit thunlichster Benützung sich ergebender Gelegenheit) über ihre Rechte zu belehren und zu einer Erklärung aufzufordern. Es ist sonach außer Zweifel stehend, daß, wenn es sich um Anlage neuer Hypothekenbücher, und um Sammlung des Materials von Amtswegen handelt, welcher Fall allein der in §. 46 der Instr. vorgesehene ist, die Hypothekenämter ebenso berechtigt wie verpflichtet seien, hinsichtlich minderjähriger Ehefrauen alle Akten — Verlassenschafts-, Curatel-, Notariatsakten — welche auf deren Vermögensverhältnisse Bezug haben, zu dem Zwecke zu durchgehen, um die hypothekarische Sicherung des Heirathsguts u. s. w. zu veranlassen. Wenn es sich um bestehende Hypothekfolien handelt, so muß diese gesetzliche Anregung des Eintrags von den Curatel- oder Verlassenschaftsbehörden ausgehen, sowie auch das Hypothekenamt verpflichtet ist, aus den zu seiner Einsicht und amtlichen Behandlung gelangenden Notariatsurkunden, falls diese eine Sicherstellung minderjäh-

riger Ehefrauen nicht schon enthalten, wohl aber enthalten könnten, Veranlassung zur Anregung der Curatelbehörde zu nehmen. Hinsichtlich großjähriger Ehefrauen ist zwar nach §. 12 des Hypoth.-Gesetzes in Verbindung mit §. 104 die Zulässigkeit der Anregung, aber nicht die Verpflichtung hiezu ausgesprochen — vgl. oben. Nach §. 99 des Hypothekengesetzes, hat an jenen Orten, wo die allgemeine Gütergemeinschaft der gesetzliche Güterstand unter den Eheleuten ist, das Hypothekenamt sowohl bei Veränderung des Besitzes als bei freiwillig bestellten Hypotheken über den Güterstand des Betheiligten Nachfrage zu halten und nach Umständen den andern Ehetheil zur Erklärung über das einzutragende Rechtsgeschäft vorzuladen. Vgl. §. 97 des Hyp.-Ges. und §. 20 der Instruktion zu demselben, dann Gönner, Comm. Bd. II. S. 59 u. ff. zu §. 104 des Hyp. Ges.

B. Die Sicherstellung des eheweiblichen Vermögens ist im bayerischen Landrechte nicht bloß durch Maßregeln völlig präventiver Natur und ohne Rücksicht auf die Oekonomie und Erwerbsfähigkeit des Ehemanns, sondern auch durch solche Normen möglich, welche insbesondere bei drohendem Verfalle des eheherrlichen Vermögens die Frau schützen können. Das Ldr. in §. 25 l. c. sagt secundo: „da nun der Ehemann durch liederliche Hauswirthschaft oder sonst in Abfall gerathet, so daß die Frau mit dem Ihrigen in Gefahr stehet, so soll die Obrigkeit derselben entweder auf Anrufen oder nach vorläufiger Erkundigung von Amtswegen einen oder zwei Curatores bonorum aus ihren nächsten Befreundten bestellen, welche ihr Vermögen insolange, bis man von ihrem Ehegatten genugsam gesichert ist, praevio inventario verwalten.“ Die in Frage stehende Bestimmung ist dem alten Landrechte von 1616 entnommen und von dem Commentator desselben in umständlicher Weise erörtert — B. Schmid zu Ldr. Tit. I. Art. 7 u. 8. — Der Begriff des prodigus wird von B. Schmid ad Tit. I. art. 7 Nr, 2 definirt wie folgt: qui bona sua dissipando profundit, nec ullum expensarum modum, tempus aut finem habet eine Umschreibung der Worte des Landrechts l. c. „der sein oder seines Weibes Gut unendlich und bößlich anwürdet.“ Die Definition dieses Begriffs in einem Erkenntnisse in Seufferts Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen Bd. XII. Heft 1 S. 3 lautet: „es sei darunter ein Individuum zu verstehen, welches gleich einem

Unvernünftigen oder Geistesschwachen nicht die Fähigkeit besitzt, über sein Vermögen, dessen Erhaltung und Verwendung angemessene Anordnungen zu treffen, dabei zugleich einen Hang darlegt, ganz verkehrten Gebrauch von diesem Vermögen zu machen und dasselbe mit Gleichgültigkeit in Hinsicht auf dessen Umfang und Beträchtlichkeit bis zur völligen Erschöpfung zu vergeuden." Die Thatsache, daß der Ehemann ein prodigus sei, muß vollständig erprobt werden per verba des alten Landrechts Tit. I. art. 7 „die soll mit ihren Freunden zu jedes Orts Obrigkeit gehen und vor derselben, wie recht ist, wahr machen und beweisen rc." Die Antragstellung kann nicht bloß durch die Ehefrau, sondern auch ohne deren Willen durch deren Verwandte geschehen — altes Landrecht l. c. — Selbstverständlich muß, falls die Antragstellung nicht mit Willen oder gar ohne Wissen der Ehefrau geschehen wäre, diese letztere vorerst vernommen werden; die Habsucht und Erbschleicherei von boshaften Verwandten könnte möglicher Weise in eine friedliche Ehe die Fackel der Zwietracht schleudern. Es würde eine derartige Verfolgung der Vermögenssicherung der Ehefrau ohne Befragung oder gegen den Willen derselben mehr Unheil als Gutes hervorzubringen geeignet sein, und ist hier weises und vorsichtiges richterliches Ermessen ganz besonders am Platze. Nach dem Tode der Mutter kann der bezügliche Antrag auch von den Kindern ausgehen — vgl. B. Schmid l. c. Nr. 17. — Die Curatelbestellung von Amtswegen, ohne daß ein Antrag der Ehefrau und der nächsten Verwandten vorläge, kann wohl nicht anders als in dem Falle für zuläßig erachtet werden, daß den nächst Betheiligten die Möglichkeit oder Fähigkeit zur Einschreitung wegen geistiger oder körperlicher Schwäche und Unfähigkeit gebricht oder daß dieselben abwesend oder in ähnlicher Weise verhindert sind. Der Zeitpunkt zur Antragstellung tritt begreiflich nicht erst dann ein, wenn die Verarmung des Ehemanns solche Fortschritte gemacht hat, daß für die Ehefrau nicht viel mehr zu retten ist, sondern es genügt nach B. Schmid l. c. Nr. 10 quod incipiat ad inopiam vergere. Die Curatel ist nach dem bayerischen Landrecht eine dativa und nicht eine legitima, hienach wird bei derselben zuvörderst auf die Qualifikation gesehen — vgl. Ldr. Th. I. cap. VII. §. 7 2do. Was die prozessuale Seite dieser Curatelbestellung anlangt, so ist der ein-

gebrachte Antrag nach vollständig gemachter Beweisführung über die Thatsache der Verschwendung vorerst zu bescheiden und steht gegen den bezüglichen Bescheid sowohl den Antragstellern, als den Ehegatten selbst Extrajudizialbeschwerde offen.[52]) Inzwischen können immerhin vorläufig provisorische Maßregeln zur Sicherung getroffen und Provisionalverfügungen erlassen werden — vgl. Seuffert Comm. zur Ges.-Ordn. cap. III. §. 3 lit. D. Bd. II. S. 32 der I. Aufl. —

Wenn von Rosenkrantz in seinem vortrefflichen Handbuche über Pflegschaftswesen in Bayern — Beil. Band zur Zeitschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege VII. S. 83 in Nota 1 bemerkt wird, daß bei verschwenderischen Ebegatten die Führung der Kuratel zunächst dem andern Ehegatten, soferne dieser hiezu tauglich ist, gebühre, deren er sich jedoch nur mit Vorwissen der Obrigkeit zu unterziehen, und welcher er über seine Verwaltung Rechnung zu stellen habe, falls nicht allgemeine Gütergemeinschaft oder wechselseitiger Erbfolgepakt den ehelichen Güterstand bilde, so hat dieß wohl für die dort angeführten manchfachen Civilrechte seine Richtigkeit. Im bayerischen Landrechte ist aber und zwar mit bewußter Unterscheidung vom gemeinen Rechte, die Verwaltung nicht der Frau, sondern Curatoren zugewiesen. Diese treten dermaßen in die potestas maritalis ein, daß die Frau ohne deren Wissen weder über die eigenen noch die eheherrlichen Güter disponiren darf. B. Schmid l. c. Nr. 13—15. Dieser meint, daß ein verschwenderischer Mann meist auch eine übelwirthschaftende Hausfrau habe, nach dem deutschen Sprichworte: Leert der Mann die Krüg, leert das Weib die Häfen. Die Anmerkungen von Kreittmayr zu §. 25 bestätigen die Ansicht von Schmid durchweg, indem auch sie die Eigenthümlichkeit des bayerischen Statutarrechts, welches die Verwaltung den Curatoren übertrage, hervorheben. Allein wir finden dennoch im Gesetze selbst einen Anhalt dafür, daß die Frau nicht von der Verwaltung auszuschließen sei. Der Gesetzestext in §. 25 sagt ausdrücklich, sub tertio, was folgt: „Wenn ferner der Ehefrau Güter nicht in absonderlichen gewissen Stücken (in specie), sondern nur in heirathlichen Sprüchen und Forderungen (in

52) Ueber das Verfahren und die Beendigung der Curatel vgl. Bl. f. R.-A. Bd. IX. S. 331, Rosenkrantz a. a. O. S. 118.

genere) bestehen, so soll man **ihr** oder ihren Curatoren im obigen Falle aus des Mannes Vermögen, soweit solches hierum haftet oder verschrieben ist, besondere gewisse Stücke, jedoch salvo caeteroquin jure mariti vel anteriorum creditorum bei obwaltender Gefahr auszeigen, resp. zur Verwaltung einantworten." Die Anschauung, daß die Frau unfähig zur Verwaltung sei, ist durch nichts gerechtfertigt. Das Leben zeigt uns täglich, daß die Frauen, soferne es sich um die Vermögenskonservirung und Sicherstellung handelt, ebenso vorsichtig, ja häufig sorgfältiger verfahren, als die Männer. Die neuere Gesetzgebung hat mit gutem Grunde die curatela sexus und die beschränkte Handlungsfähigkeit hinweggeräumt. Wenn uns sonach der Gesetzestext selbst berechtigt, die Vermögensverwaltung in der Regel — denn heutzutage bestehen ja die Heirathsgüter zumeist in genere, nämlich in Geld — der Frau zu überlassen, so müssen wir diesem, der noch dazu dem Leben viel mehr entspricht, den Vorzug vor den Aeußerungen Schmids und Kreittmayrs geben. Bei einem Heirathsgute in specie — d. i. gewöhnlich einem Gutsbesitze — mag zweckmäßig die Frau sich Curatoren beigeben lassen.

Das Ende der bezüglichen Sicherung ist nach dem alten Landrechte Tit. I. art. 7 durch die Bestimmung bezeichnet: „biß so lange man sicht, daß ihr Mann gut will thun." Außer dem Falle der Verschwendung erwähnt das Ldr. von 1756 a. a. O. andere Fälle per verba „da der Ehemann durch liederliche Hauswirthschaft oder sonst in solchen Abfall gerathet rc." Bei der völligen Unbestimmtheit im Ausdrucke muß es dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, außer dem Falle der Prodigalität andere Ursachen des Vermögensverfalls als solche festzustellen, welche eine Vermögenssicherung nach §. 25 zulassen. Jedenfalls muß aber, da plena probatio stets die Voraussetzung des Eintritts bildet, die Ursache selbst mit Genauigkeit bezeichnet und vollständig als gegeben erwiesen werden. Hinsichtlich der Vermögensverwaltung unterscheidet das Landrecht, ob die ehefräulichen, in Gefahr befindlichen Güter bestimmte Sachen (species) seien, oder nur in „heirathlichen Sprüchen und Forderunden" (in genere) bestehen. Erstenfalls versteht sich von selbst, daß es sich um die Verwaltung dieser bestimmten Sachen handle, im zweiten Falle muß die Auszeigung gewisser Stücke aus des Mannes

Vermögen erfolgen, welche unter Vorbehalt der Rechte des Ehemanns oder anderer Gläubiger an denselben, wie bereits oben bemerkt, der Ehefrau oder ihren Curatoren zu geschehen hat. Bei rebus specificis ist ohnedieß, wie Kreittmayr in den annot. in fine hervorhebt, die Ehefrau als domina gegen creditores und possessores extraneos geschützt, so daß hier es sich weniger um die Auszeigung als um die Uebertragung der Verwaltung an sie oder die Curatoren handeln wird. Der Inhalt des auszuzeigenden Vermögens bestimmt sich durch die gesammten vom Gesetze der Frau für den Fall der Auflösung der Ehe ohne eheträuliches Verschulden eingeräumten Ansprüche. Es kommen sonach außer dem Heirathgute jene vom Gesetze gegebenen Vortheile, so insbesondere die Widerlage, Morgengabe, die eheliche Errungenschaft in Betracht, welche in folgenden Paragraphen im Einzelnen zu erörtern sind. Der gemeinschaftliche Nutzgenuß aus Heirathgut und Widerlage wird im alten Landrechte Tit I. art. 8 ausdrücklich vorbehalten: „doch ihr beeder Niessung .... unbegeben und unschädlich.“

Zum Schlusse ist zu bemerken, daß durch Ldr. Th. IV. cap. X. §. 6 quarto ausdrücklich die Bestimmung des römischen Rechts per tit. Cod. 5, 20: ne fidejussores vel mandatores dotium dentur aufgehoben ist. Es ist also wohl zuläßig, daß der Ehemann die Sicherstellung seiner hierauf andringenden Ehefrau durch einen Bürgen vornehme, falls sie geneigt ist, sich mit Bürgschaftsleistung zu begnügen. Aufgedrungen kann diese Art der Sicherstellung nicht werden. B. Schmid ad tit. I. art. 7 Nr. 19 meint, daß durch Anerbieten und Stellung einer Caution die Curatel über den Ehemann nicht abgewendet werden könne, indem er sagt: cum etiam reipublicae intersit, ne quis re sua male utatur, neque hic tantum agatur de dote salvanda, sed etiam de paraphernalibus in securitate constituendis atque de alimentis liberorum et parentum ut supra jam deduximus, putamus, oblatam cautionem minime sufficientem et nullum aliud remedium avertendae curatelae efficacius esse, quam ut prodigus maritus resipiscat et frugaliter vivere incipiat. Mit Einwilligung der Ehefrau kann durch Bürgen allerdings geholfen werden. Uebereinstimmend mit Ldr. Th. IV. cap. X §. 6 quarto die Worte des Codex in Th. I. cap. VI. §. 25 „bis man von ihrem Ehegatten genugsam gesichert ist.“ Nach Landr. Th. IV, cap. X. §. 7 primo soll

zwar „jeder debitor, er seye gleich von was Stand, Leumuth und Vermögen, wie man immer will, auf Begehren seines Gläubigers die Schuld bei Vermeidung der Exekution zu verbürgen" gehalten sein, allein hievon kann hinsichtlich des Rechtsverhältnisses der dos kein Gebrauch gemacht werden. Ohne die Voraussetzungen des §. 25 l. c. besteht keine Verbindlichkeit der Sicherstellung.

§. 15. Veräußerung des eingebrachten Guts durch den Ehemann.

Aus dem dominium civile des Ehemanns an den Dotalsachen folgt dessen Befugniß, dieselben zu veräußern. Gleichwohl hat das bayerische Landrecht in Th. I. cap. VI. §. 26 diese Dispositionsbefugniß eingeschränkt, auch hier mehr dem römischen Rechte als dem alten bayerischen Landesstatute folgend. Im Rechtsbuche des Kaiser Ludwig (1347) Ausg. von Freyberg findet sich zu Tit. XI. Nr. 107 und Anm. 179. „Um Haimstewr" die Vorschrift: waz dem haimstewr geben wirt, ez sey aigen oder lechen oder varendew hab, der hat gewalt damit ze schaffen und zu tuon, was er wil; ez sey dann, das im die haimstewr mit besunderm geding geben werd, dez sullen sie jedenthalben brief haben; haben aber sie nicht brief, so soll die haimstewr ewiklich dem manne folgen und seinen erben, ob ain fraw vor dem man stirbt und nicht chint lat." Hier finden wir die Anordnung der freiesten, eheherrlichen Verfügung über liegende und fahrende Habe der Ehefrau.[53]) Ganz anders gestaltet sich die Sache im Landrecht von 1616 Art. 17 des Tit. I. welcher lautet: „Es soll noch mag auch der Mann seiner Haußfrauen ihr liegendt oder fahrendt Guet, das sie ihm zugebracht hat, ohne ihren Willen nicht anwerden, doch den Inhabern desselben Guets, da sie Nutz und Gewehr ersessen, an derselbigen unabbrüchig." Und in Art. 9 enthält dasselbe: „So der Mann seiner Ehelichen Haußfrauen ihr zugebracht Heyratguet auch sein Widerlegung verschreibt oder vermacht auff allem dem das er hat und bekombt, so hat er nit Macht sein ligend Haab und Guet oder ainichen Zinß darauß zu verkauffen, oder zu verpfändten, außer seiner Ehelichen Haußfrauen sondern Vergunst und Willen. Es wäre dann kundtlich, daß sein Haab und Guet vil ein mehrers werth,

53) Vgl. Bluntschli d. Pr. R. Aufl. I. Bd. II. S. 201. 202.

als das Heyrath-Guet, alsdann mag er von dem Ueberschuß ein zimblichs verkauffen oder verschreiben. Wo sich aber icht redlich Ursachen begeben wurden, derhalben sein Nutz und Nothdurfft erforderte, seine Güter zu verkaufen oder zu verändern, und sein Weib das Guetlich nit verhengen noch bewilligen wollte, so soll das Recht nach Verhör und Fürtrag der Sachen sie darumben entscheyden. Thäte aber der Mann seiner Hausfrauen, auff besonder seine Haab und Guet, ihr Vermächtniß, daran sie nach Rath ihrer Freund, ein Begnügen hätt, so soll alsdann der Mann mit andern seinen Haab und Gütern, frey und unverbunden seyn."

Das Landrecht von 1756 hat die beiden vorgeführten Artikel des ältern Landrechts in Einen Paragraphen (§. 26 cit.) verschmolzen und dabei unverkennbar die im B. Schmid'schen Commentar gegebene Interpretation derselben ganz besonders berücksichtigt. Den einzelnen Bestimmungen des §. 26 folgen wir in Nachstehendem: §. 26 1^mo^ und 2^do^: „Der Mann mag weder liegendes noch fahrendes von seiner Ehefrau Dotal-, Paraphernal- oder Receptizgütern ohne ihre ausdrückliche oder stillschweigende Bewilligung veräußern, es geschehe denn zum Nutzen derselben oder aus Nothwendigkeit, oder in solchen Sachen, welche dem Gewicht, dann der Zahl und Maß nach genommen (res fungibiles) oder dem Manne im gewissen Anschlage kaufsweise überlassen worden (venditionis gratia aestimatae) oder mehr zum Gewerb und Verkehr dienen." Das römische Recht hat sich damit begnügt, die Veräußerung des fundus dotalis zu verbieten. Während B. Schmid noch anerkennt, daß das gemeine Recht hinsichtlich der Veräußerungsbefugniß bei Mobilien dem Ehemann keine Schranken gesetzt habe und sogar verwundert fragt, wozu es denn eines stillschweigenden Pfandrechts bedurft hätte, wenn der Ehemann die Fahrhabe der Ehefrau nicht veräußern durfte, erachtet Kreittmayr die römische Lehre in diesem Punkte unter Berufung auf Lauterbach, Stryk, Schilter für bestritten. Der Codex selbst reproduzirt das Statut von 1616 in seiner ganzen Ausdehnung. Sowohl das dominium civile des Ehemanns als das Administrationsrecht desselben sind hiedurch einer sehr erheblichen Beschränkung unterworfen, denn sowohl beim Eigenthums- als beim Verwaltungsrechte ist die Veräußerungsbefugniß immer der wichtigste Bestandtheil, der hier der

eheherrlichen Willkür entrückt ist. Daß der Codex auch das Receptizgut erwähnte, war nicht nothwendig, da dieses jedenfalls gänzlich der Verwaltung der Ehefrau verbleibt. Die Fälle, in welchen dem Ehemanne die Veräußerungsbefugniß zusteht, sind dermaßend umfassend und im praktischen Leben so sehr gewöhnlich, daß auch nach bayerischem Landrechte hauptsächlich das Immobiliarvermögen von der Regel des §. 26 getroffen erscheint. Die in der neuern Zeit am häufigsten vorkommenden Fälle, daß baar Geld oder Schuldforderungen dem Manne als Dotalgut gegeben, daß ihm Sachen um einen gewissen Anschlagspreis und zwar venditionis gratia, daß ihm bewegliche Sachen zum Gewerbe und Verkehr, zum Handel und Wandel als dos überlassen wurden, bilden die Regel: die Hingebung von Grundstücken und andern beweglichen Sachen ist die weit seltenere Ausnahme. Allein auch in diesen Ausnahmsfällen soll der Ehemann nach der landrechtlichen Bestimmung an der Veräußerung nicht gehindert werden können, wenn dieselbe entweder zum Nutzen der Ehefrau oder aus Nothwendigkeit geschah.[54]) Ob die Veräußerung eine der Ehefrau nützliche war, muß in streitig gewordenen Fällen aus den thatsächlichen, im Einzelnen von dem angegriffenen Theile anzugebenden und zu erprobenden Verhältnissen entnommen werden (der angegriffene Theil wird gewöhnlich eine dritte Person sein, die eben in Folge der Veräußerung den Besitz vom Eheherrn erwarb). Die „Nothwendigkeit", von welcher das Landrecht spricht, ist nicht auf den Fall der Noth der Ehefrau zu beschränken, da vom Gesetze die Beziehung zur Ehefrau bloß bei der Nützlichkeit, nicht aber bei der Nothwendigkeit der Veräußerung hervorgehoben worden ist. Jene nur exemplifikative zu nehmenden Fälle, in welchen oben in §. 11 lit. i es für statthaft erklärt wird, der Ehefrau Dotalsachen während der Dauer der Ehe rechtsgiltig zurückzugeben, bilden auch wiederum die Beispiele und Muster für die Statthaftigkeit der Anwendung des

54) Ein Beispiel offenbaren Nutzens der Veräußerung ist das in l. 85 Dig. 23, 3 de jure dot. angeführte, in welchem eine Ehefrau mit Einwilligung ihres Ehemannes ein minder einträgliches Dotalgrundstück veräußert, um hiedurch die Erhaltung eines mehr einträglichen nicht dotalen möglich zu machen. Es schlagen hier zumeist die bereits oben berührten Grundsätze über Verwandlung der dos an. Vgl. Glück Comm. Bd. XXV. S. 407.

Begriffes der Nothwendigkeit. [55]) Von Nothwendigkeit ist übrigens auch dann zu sprechen, wenn die Veräußerung nicht durch den Willen des Ehemanns geschah. So insbesondere, wenn die Ehefrau zur Bezahlung dringender Schulden oder kraft richterlichen Erkenntnisses zulassen muß, daß der Ehemann die Veräußerung vornehme, vgl. annot. ad h. l. Nr. 2, oder wenn das Dotalgrundstück ein solches ist, das die Ehefrau mit einem Andern in Gemeinschaft besitzt und dieser von seinem Rechte Gebrauch machend auf Theilung dringt, während der Ehemann seinerseits kein Recht auf Theilung zu dringen hat, da diese alienatio keine necessaria sein würde. B. Schmid ad Tit. I. art. 17 Nr. 10. Glück a. a. O. S. 405.

Der Codex fährt in §. 26 Ziff. 3—5 fort, wie folgt: „Außer dessen hat eine solche Veräußerung keine Kraft und mag das veräußerte Gut sowohl von der Frau und ihren Erben als dem Manne selbst zum Besten seiner Frau und ihrer Erben allzeit wiederum vindizirt und widerrufen werden; doch bleibt dem Inhaber solchenfalls der Regreß seiner Schadloshaltung halber an den Ehemann, soweit er aus eigenen Mitteln Satisfaktion zu geben im Stande ist, bevor, und da er bereits Nutz und Gewähr ersessen hat, so greift die Widerrufung gegen ihn nicht mehr Platz, sondern die Frau mag sich alsdann ihres Schadens gleichwohl bei ihres Mannes Vermögen erholen." Die in den Anmerkungen bezeichnete Quelle der Bestimmung, daß eine solche Veräußerung keine Kraft habe, ist l. 42 Dig. 41, 3 de usurp. et usucap., welche lautet: Quum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti, rem dotis esse, *venditio non valet*. In der fraglichen Digestenstelle wird weiter bemerkt, daß der Verkauf nachher bestätigt werde, wenn die Ehefrau später in stehender Ehe gestorben und die dos dem Ehemanne zugefallen ist. Aus diesem Nachsatze geht hervor, daß auch im römischen Rechte die Veräußerung an sich nichtig sei, bloß dann convaleszire sie, wenn die

55) Die entgegenstehende Aeußerung Kreittmayrs in den annot. ad h. l. Ziff. 2, daß es sich um eine solche Nothwendigkeit handle, welche nicht den Mann allein, sondern vielmehr die Frau betrifft, findet im Gesetze selbst keine Stütze, ebenso wenig in dem alleg. Leyser spec. 311 §. 14, da dort gar kein echter Nothfall in Frage steht. Es muß vielmehr die gemeinrechtliche Theorie zur Bestimmung des im Landrechte unerörtert gelassenen Begriffes zu Hilfe genommen werden.

Frau in der Ehe gestorben ist, und der Mann nach ihrem Tode das ganze Heirathgut lucrirt hat. Eben wegen der Nichtigkeit der Veräußerung und des gesetzlichen Verbotes hat nun auch das bayerische Landrecht übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte bestimmt, daß jederzeit die Frau und deren Erben mit der Eigenthumsklage gegen den Besitzer hervortreten kann. Wenn Kreittmayr annimmt — annot. ad h. l. Ziff. 3, daß die Ehefrau nach römischem Rechte extra casum periculi dilapidationis vor dissolvirter Ehe zu der Widerrufungsklage nicht gelassen werde, so ist dagegen zu bemerken, daß die allegirten Stellen l. 29 u. 30 Dig. de jure dot. diesen Satz nicht enthalten, während allerdings die fragliche Behauptung von römischen Rechtslehrern aufgestellt worden ist, vgl. Glück Pand. Comm. Bd. XXV. S. 394. Uebrigens hat Kreittmayr selbst hervorgehoben, daß per verba des Gesetzes „allzeit" die Eigenthumsklage sowohl durante als dissoluto matrimonio zugelassen sei. Gleiche Bewandtniß hat es in dem Falle, wenn der Ehemann dem fundus dotalis eine Servitut auferlegt hätte, die actione negatoria entfernt werden kann. Wenn der Ehemann von der dem Dotalgute der Ehefrau zustehenden Servitut während der ganzen Ehe keinen Gebrauch gemacht, oder dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine dem Rechte der Servitut nachtheilige Handlung ohne Widerspruch gestattet hatte, so wird das praedium serviens hiedurch nicht frei.[56])

Die gemeinrechtlich bestrittene Frage, ob der Ehemann selbst das Recht habe, die Vindikationsklage anzustellen, ist vom Codex bejahend entschieden, ebenso die weitere Streitfrage, ob er Eviktion zu leisten schuldig sei. Kreittmayr bemerkt in den annot. ad h. l Ziff. 3, daß die Frau den Werth des vindizirten Gutes niemals restituire, außer soweit solcher in ihren Nutzen erweislich verwendet worden sei, denn da hafte sie actione de in rem verso. Er verweist hiebei auf Leyser spec. 311 §. 4. Leyser zählt zu jenen Autoren, welche die vom römischen Rechte nur für bestimmte Fälle gegebene actio de in rem verso soweit ausgedehnt haben, daß sie wie Seuffert in den Bl. f. R.-A. Bd. I. S. 133 bemerkt, in der Anwendung mit „den von Quacksalbern angebotenen Universalmedizinen" verglichen werden kann. Die

56) Vgl. Glück a. a. O. S. 400.

actio de in rem verso ist denn in der That auch hier nicht gegeben, auch nicht als utilis actio, vgl. Seuffert Pand. R. §. 346 Ziff. 4 der dritten Auflage, Puchta Vorlesungen IV. Aufl. Bd. II. zu §. 279 S. 126. Entweder kann es sich um einen Fall handeln, in welchem wegen Nutzens für die Ehefrau überhaupt der Vindikationsklage opponirt werden kann, daß die Veräußerung statthaft war, so daß in diesem Falle der angegriffene Erwerber der Dotalsache sich mittelst einer Exception schützt oder es ist der Fall gegeben, daß die Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum zutreffen, daß der Ehemann nämlich bei der Veräußerung als negotiorum gestor in der Weise thätig war, welche nach Ldr. Th. IV. cap. XIII. §. 2 demselben gestatten, mit der actio neg. gestorum contraria seine Schadloshaltung zu begehren. Man denke sich den Fall, daß die Ehefrau abwesend war, der Verlust einer Dotalsache gedroht habe, und um deren Werth zu retten, die Veräußerung vorgenommen und der Erlös der Frau zugewendet worden sei. Die actio neg. gest. des Ehemanns wird durch den dritten Besitzer, welchem die Ehefrau mittelst der Vindikations- oder Negatorienklage seinen Erwerb von Dotalgut abgestritten hat, geradeso angestellt werden können, wie durch den Ehemann selbst, da der letztere unstreitig verpflichtet ist, sein Klagrecht dem Käufer der entwährten Sache abzutreten, wobei bekanntlich sofort die Abtretung als geschehen angenommen und die Klagestellung des dritten als procurator in rem suam zugelassen wird. Wenn Kreittmayr den Fall „wenn ein Ehegatt für das andere etwas thut" zu jenen rechnet, worin die actio neg. gest. cessire, weil der Ehemann sich hier der fremden Sache nicht soviel in der Absicht, Andere dadurch zu obligiren, als aus Generosität und Schankungsweise annehme — Ldr. Th. IV. cap. XIII. §. 2 und annot. ad h. l. Ziff. 5 zweitens — so ist doch, was oben bemerkt wurde, zu beachten, daß nämlich Kreittmayr der actio in rem verso insbesondere in Ziff. 8 der Anmerkungen a. a. O. eine nicht zu billigende Ausdehnung gibt. Hiedurch entsteht sofort die Nothwendigkeit, zum Ersatze für die ausfallende actio de in rem verso die actio neg. gest. nicht dermaßen zu beschränken, wie Kreittmayr gethan. Es ist sehr wohl mit der Erfüllung der Pflichten des Ehemanns vereinbarlich, daß derselbe gegenüber seiner vermögenden Ehefrau in keiner andern Weise als in der des nego-

tiorum gestor auftreten wollte, als in einer solchen, die ihm selbst keinen Vermögensverlust zu bringen geeignet wäre. Die von Kreittmayr allegirten Stellen l. 11 u. 12 Cod. 2, 19 de neg. gestis schlagen hier nicht an, da sie weder überhaupt das eheliche Güterverhältniß noch einen analogen Fall betreffen. Würde endlich abgesehen von der Bereicherung der Ehefrau jeder Rechtsgrund dieselbe um den Ersatz zu belangen fehlen, und ausschließend die thatsächlich mit dem Schaden des Ehemannes geschehene Bereicherung übrig bleiben, so müßten wir mit Seuffert in den Bl. f. R.-A. Bd. I. S. 136 sagen: „In allen andern Fällen, wo derjenige, dem etwas aus dem Vermögen des Andern zu Gute kam, nicht wenigstens mittelbar mit diesem in Obligationsverhältnisse getreten ist, muß der Umstand, daß er mit dem Schaden des Andern reicher geworden ist, als ein zufälliger betrachtet werden. Der Zufall ist aber niemals dazu geeignet, eine Forderung auf Schadensersatz zu begründen."

Die Ehefrau braucht sich, falls der Ehemann genügendes Vermögen hat, um sie für die verkaufte Dotalsache zu entschädigen, nicht an dessen Vermögen verweisen zu lassen, auch nicht in dem Falle, wenn sie zwar wegen des Vorzugsrechts ihrer Heirathsgutsforderung im Confurse ihres Ehemanns Befriedigung finden, der Dritte aber, welchem sie die Dotalsache evinzirt, leer ausgehen würde, weil ihm kein Prioritätsrecht zur Seite stünde, vgl. Leyser medit. spec. 311 §. 12.

Die Frage, wie es mit den Früchten des vindizirten Guts zu halten sei, wird von B. Schmid zu Tit. I. art. 17 Nr. 24 dahin beantwortet, daß derjenige Besitzer, welcher den fundus dotalis kaufte, ohne diese Eigenschaft zu kennen als b. f. possessor die Früchte erwerbe, während die Entschuldigung mit der Unkenntniß des Verbots der Veräußerung keinen Glauben verdiene, cum ignorantia juris crassa inducat praesumtionem malae fidei. 57)

Die Landrechte von 1616 wie 1756 bemerken gleichmäßig, daß die Revokation nicht Platz greife, wenn der Erwerber der Dotalsache

57) Kreittmayr bemerkt in den annot. Ziff. 3: Die Quästion de fructibus des vindizirten Guts hangt lediglich von dem Unterschiede inter bonae vel malae fidei possessorem ab.

bereits „Nutz und Gewähr ersessen habe.“ V. Schmid macht l. c. Nr. 35 folgende Unterscheidungen: Die Paraphernalgüter der Ehefrau, deren Veräußerung nicht bei Meidung der Nichtigkeit verboten ist, ebenso wie die Rezeptizgüter, bezüglich deren der Ehemann auch nicht einmal Verwaltungsbefugniß besitzt, seien ganz nach jenen Regeln zu beurtheilen, welche bei der Verjährung überhaupt gelten; res mobiles dotales hält V. Schmid im Gegensatze zu den Bestimmungen des Landrechts von 1756 durchweg einem Veräußerungsverbote für nicht unterworfen, Immobilien mit Dotalqualität endlich sollen nach Analogie der gleichfalls zu veräußern verbotenen res ecclesiasticae der außerordentlichen 30- oder 40jährigen Verjährung unterliegen. Diese Bemerkungen sind nach dem Landrechte von 1756 nicht mehr zutreffend. Denn es sind in §. 26 1mo ausdrücklich Dotal-Paraphernal- und Rezeptizgut gleichgestellt; ferner ist schon im älteren Landrecht sowohl Bewegliches als Unbewegliches gleicher Regel unterworfen und muß daher die in Ziff. 5 des §. 26 erwähnte Ersitzung von Nutz und Gewähr mit Kreittmayr auf die außerordentliche Verjährung bezogen werden — annot. ad h. l. Ziffer 5 am Ende. Die ordentliche Ersitzung an Dotalsachen während der Ehe ist ausgeschlossen; insbesondere sind auch Dotalgrundstücke, welche während der Ehe veräußert wurden, eben weil sie sich als Sachen darstellen deren Veräußerung gesetzlich verboten ist, auch nach Endigung der Ehe der ordentlichen Ersitzung entzogen [58]), während die außerordentliche Ersitzung — vorbehaltlich des Nachweises, daß der Besitz vitiose erworben wurde — statthaft ist. [59])

Ueber den Umfang des Begriffs der Veräußerung äußert sich das Landrecht §. 26 sexto wie folgt: „Unter der Veräußerung aber wird allhier nicht nur Kauf, Tausch, Schankung oder Vermächtniß, sondern auch die Verpfändung, Verschreibung, Belehnung, Vererbrechtung und alle andere merkliche Beschwerung des Guts mit Grunddienstbarkeiten oder sonst und nicht weniger die Abtheilung in gemeinschaftliche Sachen, soferne nicht von dem associrten Theile selbst darauf gedrungen wird, allerdings verstanden.“ Nach den annot. ad h. l.

58) Vgl. Seuffert Pand. N. §. 134 Nota 17 (III. Aufl.)

59) Vgl. Seuffert a. a. O. §. 140 Nota 2 mit Ldr. Th. II. cap. IV. §. 6 tertio.

Ziff. 6 gehört hieher noch die Renunziation oder Remission Dessen, was der Frau von Schankung, Vermächtniß oder Erbschaftswegen zukommt, während Verpachtung und Kapitalsaufkündung als nicht hieher gehörig bezeichnet werden. Baron Schmid ad tit. I. art. 17 erklärt Ewiggilten, ebenso wie die „churfürstl. Zinß- und Landschaftsbriefe" für Immobilien. Nach dem neuern Landrechte besteht keine Veranlassung zu dieser Ausdehnung und noch weniger in der neuesten Zeit, deren Zug sich gänzlich von den Bestimmungen der Unveräußerlichkeit des eheträulichen Vermögens entfernt und weit mehr dem hiemit unverträglichen Systeme der Gütergemeinschaft sich zugewendet hat. Im gemeinschaftlichen Güterleben giebt es keine dos, kein Paraphernum und keine Unveräußerlichkeit des Frauenguts, sondern nur ein gemeinschaftliches, veräußerliches Vermögen.

Die letzte Ziffer des §. 26 lautet: „Soviel hiernächst des Mannes eigene Güter betrifft, welche der Ehefrau um die Widerlag, Wittibsitz oder andere heirathliche Sprüche und Forderungen verpfändet sind, solche mag er ohne ihre Bewilligung mit Giltigkeit gleichfalls nicht veräußern, sofern sie nicht in anderweg auf seinem übrigen Vermögen noch genugsam gesichert ist." Dieselbe entspricht dem Art. 9 Tit. I. des alten Landrechts. Diese Bestimmung ist nur mit dem stillschweigenden Pfandrecht vereinbar, welches vor der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 der Ehefrau zustand. Mit dem oben näher erörterten Hinwegfall dieses Pfandrechts ist denn auch dieselbe werthlos geworden. Besteht nämlich für die Ehefrau eine Hypothek, und ist diese wie nothwendig im Hypothekenbuche eingetragen, dann versteht sich von selbst, daß keine der Ehefrau nachtheilige Verfügung ohne deren Bewilligung und vorherige Vernehmung mit Giltigkeit geschehen kann — §. 109 des Hyp. Ges. Ist dieses aber nicht der Fall, dann besteht auch kein Rechtstitel mehr, aus welchem die Veräußerung als nichtig angefochten wird, da die gesetzliche Voraussetzung der Verpfändung eben nicht mehr besteht, von Eigenthumsrechten der Ehefrau an diesen Gütern während der Dauer der Ehe nicht gesprochen werden kann.

Eine sehr erhebliche Modifikation der Bestimmungen des §. 26 wird durch Art. 306 des seit dem 1. Juli 1862 in Bayern geltenden allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs bezüglich der Veräußerung

beweglichen Guts hervorgebracht. [60]) Die Eigenschaft der Unveräußerlichkeit von Dotalsachen beweglicher Art cessirt völlig, sobald es sich um eine Veräußerung oder Verpfändung vom Kaufmanne im Handelsbetrieb handelt, gleichviel, ob die veräußerte Sache eine solche der Ehefrau desselben oder eines Anderen war, falls sie nur nicht als gestohlene oder verlorene Sache erscheint.

Die in Rede stehende Bestimmung über den Ausschluß der Vindicabilität von Waaren und sonstigen beweglichen Sachen wurde in der 561sten Sitzung berathen und mit 9 gegen 5 Stimmen beschlossen (Protocolle der Commission für Berathung des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs, Nürnberg 1861 S. 4605). Es wurde hier ausdrücklich hervorgehoben, daß über das Gebiet des Handelsrechtes bei dieser Bestimmung hinausgegriffen werden könnte und insbesondere für das Bedürfniß der Aufnahme von derlei Bestimmungen, welche im preußischen Entwurfe nicht enthalten waren, die Thatsache spreche, daß überall, wo der Handel sich in größeren Verhältnissen entwickelt habe, das römische Recht mit seinem Vindikationssysteme zurückgedrängt worden sei. Kein Kaufmann würde ruhig sein können, wenn das römischrechtliche Vindikationssystem eine größere praktische Anerkennung gefunden hätte und nur der Umstand, daß dieses System so wenig in's Verkehrsleben eingedrungen sei, daß Vindikationsprozesse äußerst selten erhoben würden, und der Handelsstand kaum eine Ahnung davon habe, wie gefährlich seine Stellung nach diesem Rechte sei, lasse es begreiflich erscheinen, wenn in manchen Ländern keine Anträge auf Ergänzung des Entwurfes in diesem Sinne gestellt worden seien. Von spezieller Berücksichtigung der beweglichen Dotalsachen war bei

60) Art. 306, insoweit er hieher gehört, lautet: „Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräußert oder übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war. Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolger nicht geltend gemacht werden . . . . . Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren."

der bezüglichen Berathung keine Rede, da überhaupt eine Ausscheidung nicht getroffen, sondern ganz allgemein bestimmt wurde, daß im Handelsverkehr vor allem der redliche Erwerb zu schützen und dem kaufmännischen Publikum das Gefühl der vollen Sicherheit zu geben sei (Motive zu dem bezüglichen Antrag S. 4615).

§. 16. Veräußerung des Frauenguts durch die Ehefrau.

Das Landrecht von 1616 bestimmt in Tit. I. art. 16: „Es hat kein Frau macht, ohne ihres Mann Wissen und Willen, etwas von ihrem aignen, ligend oder fahrenden Guet, Recht und Gerechtigkeiten, sie hab ihr dann in etlichen die Nutzung und Verwaltung außtruckentlich vorbehalten, zu verkaufen, zu verpfändten, zu verschreiben, zu verschenken oder in anderweg zu vergeben, noch auch sich ainicher Ansprach, oder Forderung, die ihr gebührt, weder mit noch ohne Eyd zu verzeihen und darumben zu quittiren. Deßgleichen sich mit jemand in Stritt und Rechtfertigung, oder auch Verträg einzulassen, noch ainiche Erbschaft anzutretten oder ichtwas anders zu thun, zu lassen und zu handeln, dardurch ihr Guet geschmälert, oder sie zu Schaden kommen möchte; beschehe aber solches, so hat es doch kein Krafft, und der Mann mag alsdann solche des Weibs Handlung inner fünf Jahren, nach deme er derselben in Erfahrung kommen, wohl widersprechen und als nichtig auffheben. Doch ist ihr unbenommen, durch letzten Willen ihr Guet zu verschaffen, wem sie will, wie recht ist." Ohne wesentliche Veränderung ist aus diesem Artikel im Landrechte von 1756 Th. I. cap. VI. §. 27 entstanden, welcher lautet: „Die Frau soll 1mo ohne ihres Mannes Wissen und Willen von ihren anliegenden oder fahrenden Gütern, Rechten und Gerechtigkeiten (die Receptizgüter allein ausgenommen) weder etwas verpfänden, verschreiben, vertheilen, oneriren oder veräußern, noch sich einer Ansprach und Forderung begeben, und quittiren, ebensowenig sich mit Anderen in Streit und Vergleich einlassen, Erbschaften antreten, oder sonst etwas thun oder unterlassen, was ihr zu Schaden kommen oder zur Schmälerung ihrer Güter gereichen möchte." Insoweit nun hier die Handlungsfähigkeit der Ehefrau beschränkt worden ist, ergibt die Vergleichung mit dem diese Beschränkung angehenden Theile des Artikels aus dem alten Landrechte Folgendes: Hier wie dort sind

bloß die Rezeptizgüter ausgenommen, die Dotal- und Paraphernalsachen aber gleichmäßig getroffen. Im älteren Landrecht ist noch die eidliche Bestärkung berührt, der jedoch abweichend vom gemeinen Rechte jede Wirksamkeit in gesetzlich geordneten Vertrags- und Güterstandsverhältnissen versagt wird, im neueren Landrechte wird von der eidlichen Bestärkung gar nicht mehr gesprochen; im älteren Landrechte ist die Schenkung ausdrücklich hervorgehoben, während das neuere Landrecht nach der von ihm aufgestellten Regel Th. III. cap. VIII. §. 10, verbunden mit der Regel über die Unveräußerlichkeit der Dotalsachen und in Erwägung, daß die Schenkung als species alienationis aufzufassen ist, durch welche das Vermögen des Schenkers vermindert wird, die Schenkung als selbstverständlich verboten betrachtet und deßhalb nicht besonders erwähnt. Schenkung von Paraphernalvermögen der Ehefrau ist wegen des dem Ehemanne an demselben zustehenden Nutznießungs- und Verwaltungsrechts ohne Bewilligung des Ehemanns unstatthaft. B. Schmid zu Tit. I. art. 16 hebt unter Nr. 7 hervor, daß die Ehefrau nicht befugt sei, Verträge abzuschließen, ohne daß dieselben vom Ehemanne genehmigt würden, wie denn auch die Quasicontrakte des Erbschaftsantritts, der Uebernahme einer Tutel, der Streitseinlassung ihr verboten seien. In der Ausdehnung, wie B. Schmid in Nr. 7 *quod mulier* durante matrimonio *non possit facere contractum* sine licentia viri, hat sich aber weder das alte noch das neue Landrecht ausgesprochen. Nicht die Dispositionsfähigkeit und Befugniß überhaupt wird der Ehefrau abgesprochen, sondern nur insoweit nach den Worten des §. 27 als sie etwas thue oder unterlasse, was ihr zu Schaden komme oder zur Schmälerung ihrer Güter gereiche. Durch das neue Landrecht ist denn auch dieser zu weit gehende Ausdruck nicht genehmigt, sondern dem Rechtsbewußtsein der neuern Zeit Rechnung getragen worden. [61])

Im ältern Landrecht sind die Unterlassungshandlungen nicht besonders hervorgehoben, wohl aber im neuern. Hienach wird z. B. die Ehefrau eine Dotal-Servitut durch Nichtausübung dem Ehemanne

---

61) Von der Frage der Haftung eines Ehetheils für die vom andern gemachten Schulden soll in einem besonderen Paragraphen gehandelt werden.

nicht wider dessen Willen entfremden können. B. Schmid geht in der Dispositionsbeschränkung so weit, daß er Nr. 12 l. c. sogar der Ehefrau verbieten will, ihr angebotene Schenkungen anzunehmen, weil sie hiedurch dem donator naturaliter obligirt werde, während ihr doch ohne Vorwissen des Ehemanns jeder Contrakt untersagt sei, dann aber auch, weil es Sache des Ehemanns sei, zu unterscheiden, ob die angebotenen Geschenke nützlich oder unnütz seien und endlich deßhalb, weil dieselben meistens „multum suspecta" seien. Kreittmayr sagt in den annot. ad §. 27 Ziff. 5, daß er den Grund dieser Beschränkung nicht einsehe, das Gesetz hat auch Umgang hievon genommen, da es ausdrücklich nur die Beschädigung und Schmälerung, nicht aber die Vermehrung des Frauenguts verbietet. Zur Annahme der offerirten Schenkung an die Ehefrau ist daher die Einwilligung des Ehemanns nicht zu erholen. Will die Ehefrau gleichwohl nach bayer. Landrechte unbeschränkte Dispositionsbefugniß sich wahren, so muß sie ihr Einbringen oder einen bestimmten Theil desselben vertragsmäßig vor Eingehung der Ehe als Rezeptizgut erklären.

Die Bestimmung des Landrechts in §. 27 2do „denn diese und alle dergleichen Handlungen haben 2do wenigst auf Seiten der Frauen keine Kraft", erklärt den von der Frau vollzogenen Veräußerungsakt als nichtig. Als nichtiges Rechtsgeschäft kann demselben weder der Verzicht der Ehefrau, noch die Tradition der Sache, noch der Tod des Ehemanns, welcher bloß als ein späterer Wegfall des Nichtigkeitsgrundes erscheinen würde, Giltigkeit verleihen. [62])

Hinsichtlich des andern Contrahenten ist aus dem Ausdrucke des Landrechts „auf Seiten der Frauen" abzuleiten, daß hier ein sog. negotium claudicans vorliege. Kreittmayr will hier einen Unterschied zwischen bona und mala fides einführen — annot. Ziff. 2 — der

---

62) Annot. ad h. l. Nr. 2 vgl. mit dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzb. für das Königreich Bayern v. 1861. Allg. Bestimmungen Art. 81 und Motive hiezu S. 36: „Es kann daher ein nichtiges Rechtsgeschäft anders nicht zum rechtlichen Daseyn gelangen, als dadurch, daß es aufs Neue unter Umständen errichtet wird, nach welchen es an keinem Erfordernisse seiner Gültigkeit gebricht. Dadurch kömmt natürlich nicht der frühere Geschäftsabschluß zu Kräften und jede Rückwirkung des neuen Geschäfts auf den bloß faktischen Bestand des alten bleibt ausgeschlossen."

aber in den Bemerkungen B. Schmids zu Tit. I. art. 16 Nr. 37 u. 39, welche Kreittmayr hiefür allegirt, keine Begründung findet. Dem andern Contrahenten steht, insolange der Ehemann sich beruhigt, kein Grund zur Seite, die Auflösung des eingegangenen Rechtsgeschäftes zu begehren. Dem Bürgen der Ehefrau kömmt die Nullität des Rechtsgeschäfts zu Gute, annot. Ziff. 2. B. Schmid l. c. Nr. 33 Ldr. Th. IV. cap. 10 §. 10 primo. Es entscheidet hier der Charakter der fidejussio als eines Accessoriums des Hauptgeschäftes.

Handelt es sich um Eigenthumserwerb, so tritt die Nullität des Rechtsgeschäfts darin zu Tage, daß der Contrahent von der Ehefrau trotz der traditio nicht zum Eigenthümer gemacht werden, daß in Folge dessen aber auch nicht die Gefahr des Untergangs auf ihn übergehen kann, wenn nicht die Einwilligung des Ehemanns ausdrücklich oder stillschweigend (inner 5 Jahren) erfolgte oder es sich um den bereits oben erwähnten Fall des Art. 306 des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs handelt.

Die Einwilligung des Ehemanns macht jede Veräußerung statthaft. Ebenso wie unter Beistimmung der Ehefrau das Dotal-, Paraphernal- und Receptizgut vom Ehemanne veräußert werden mag, ebenso kann unter Beistimmung des Ehemanns die Ehefrau jede Veräußerung ihres eingebrachten Guts vornehmen. Die Einwilligung des Ehemanns kann nach §. 27 quarto entweder mit Worten oder Werken geschehen. Als stillschweigende Einwilligung gilt nach dem Gesetze quinto, wenn der Ehemann fünf Jahre lang nach erhaltener Kenntniß von der geschehenen Veräußerung still geschwiegen, d. h. den Widerruf der Veräußerung nicht erklärt, beziehungsweise geltend gemacht hat. Der durch Werke sich kund gebenden Einwilligung wird regelmäßig der Fall beizuzählen sein, wenn der Ehemann etwa den Erlös der veräußerten Dotalsachen an sich genommen, ganz oder theilweise verwendet hat, sowie der Fall seiner Anwesenheit bei dem Veräußerungsakte. Es lassen sich jedoch keineswegs wie B. Schmid und Kreittmayr es thun, diese Fälle Ein für alle Mal bestimmt fassen; ob in einer gewissen Handlung, z. B. in dem Verfassen des Conzepts zu einem Vertrage, in der Unterschrift eines Dokuments, das auf einen solchen Bezug hat, in der Geldeinnahme aus dem Erlöse einer prohibirten Veräußerung der Consens liege, ist in jedem

einzelnen Falle quaestio facti [63]), wie denn auch das Landrecht diese Erwägung durch seine ganz allgemein gehaltene Vorschrift dem richterlichen Ermessen überließ. [64])

Die von Kreittmayr in den annot. ad h. l. Ziff. 3, 4 gemachte Bemerkung, daß der Consens des Ehemanns auch dann für ertheilt gelte, wenn er seiner Frau, wie es unter Kaufleuten zu geschehen pflege, freien Handel und Wandel gestatte, harmonirt mit der Erklärung B. Schmid's l. c. Nr. 28, welcher eine allgemeine Ratihabition aller Geschäfte der Ehefrau von Seite des Ehemanns annimmt, wenn ihr derselbe gestattet, Handel oder Gewerbe zu treiben; allerdings wird auch hier die allgemeine Genehmhaltung den vom Ehemanne erlaubten Kreis von Geschäften nicht überschreiten.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch hat hinsichtlich der Handelsfrauen in den Art. 6—9 hier zu beachtende Bestimmungen getroffen. Aus dem Güterverhältnisse, welches die Partikularrechte zwischen Ehegatten festsetzen, soll hienach nirgends ein Recht für den Ehemann entstehen, sich einer Veräußerung, welche die Ehefrau vorgenommen hat, zu widersetzen. Hiebei kann nach der allgemeinen Regel des Art. 8 Abs. 2 auch durch Eheverträge keine Abweichung gemacht werden, denn auch diese setzen die Ehe zu ihrer Entstehung voraus und gewähren somit dem Ehemanne „durch die Ehe begründete" Rechte. Will der Ehemann die durch die Ehe begründeten Güterrechte sich erhalten oder verschaffen, so kann er bloß, falls ihm die handelsrechtlichen Bestimmungen nicht konveniren, den Consens (Art. 7 Abs. 1) verweigern.

In Ziff. 5 der annot. hat Kreittmayr eine Aufzählung der Fälle vorgenommen, in welchen eheherrlicher Consens nicht nothwendig ist. Die aufgezählten acht Fälle sind theils solche, welche bereits ihre

---

63) Einen bedeutsamen Fingerzeig für analoge Gesetzesanwendung gibt Art. 7 Abs. 2 des allg. d. Handelsgesetzbuchs, wonach es als Einwilligung des Mannes zum Handelsbetriebe der Ehefrau gilt, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt. Hier wird das Schweigen zu der in Erfahrung gekommenen Thatsache sofort mit der Rechtsfolge der Einwilligung bekleidet.

64) Vgl. Puchta Vorlesungen über das heutige röm. Recht Bd. I. S. 146 zu §. 64 (IV. Aufl.)

Erledigung fanden, nämlich: 1) die Behandlung der Rezeptizgüter, 2) die Handlungen, durch welche die Frau ihr Vermögen nicht schmälert, z. B. die Annahme von Schenkungen, theils solche, bei welchen von einer Veräußerung überhaupt keine Rede ist, wie 3) die letztwilligen Dispositionen; 4) der Fall, wenn die Frau das von ihrem Manne veräußerte Heiraths- oder Paraphernalgut vindizirt oder sich ihres abwesenden Ehemannes annimmt, 5) der Fall, wenn die Ehefrau ex delicto haftet — wobei übrigens Kreittmayr und B. Schmid bemerken, daß die Dotal- und Paraphernalgüter nicht zum Nachtheil des Ehemannes angegriffen werden dürfen; 6) wenn die Ehefrau ein Paktum für den Fall der eintretenden Auflösung der Ehe abgeschlossen haben würde, was zu thun ihr vom §. 27 Ziff. 5 gestattet wird, 7) der von Kreittmayr als dahin gestellt bleibend bezeichnete Fall der Handlungen fürstlicher Frauen, 8) die Frage der Anwendung der Regeln über Statutenkollision. Kreittmayr will nach der richtigeren Ansicht bei bona extra territorium sita die lex rei sitae hinsichtlich der Disposition über dieselben entscheiden lassen.

Hinsichtlich der Dispositionen von Todes wegen wird gesonderte Besprechung weiter unten vorbehalten.

Die letzte Ziffer des §. 27 enthält: „Mit des Mannes Gütern gebührt ihr (der Ehefrau) 6to ohne dessen Bewilligung so wenig, als in anderen fremden Sachen, jemal die geringste Disposition." Der Schwerpunkt dieser Bestimmung liegt in dem „ohne dessen Bewilligung." Es wird sich fragen und auch diese Frage ist quaestio facti, in welchen Beziehungen, abgesehen von all Obigem, man die eheherrliche Bewilligung für gegeben zu erachten habe. Zur Unterstützung der richterlichen Beurtheilung möchten jene Annahmen, welche Bluntschli d. Pr.-R. Bd. II. §. 154 Ziff. 5 (I. Aufl.) macht, besonders empfehlenswerth erscheinen. Die Ausgaben aus des Mannes und ihrem eingebrachten Vermögen, die sie in dem ihr zugewiesenen häuslichen Kreise macht, sind solche, die im Sinne unseres Landrechts als mit eheherrlicher Bewilligung geschehen angenommen werden dürfen; ohne diese Annahme würde die Haushaltung ins Stocken gerathen. Will der Ehemann der etwa liederlich wirthschaftenden Ehefrau die Befugniß zur freien Verfügung in jenen Dingen entziehen, welche gewöhnlich in den Wirkungskreis der Hausfrau gehören, so mag er

durch Bekanntmachung an dritte Personen, welche mit der Ehefrau contrahiren, seine Rechte wahren.[65])

§. 17. Paraphernalvermögen. Begriff, Entstehung.

Wenn auch das bayerische Landrecht die römische Lehre von der dos mit hinzugefügten Modifikationen aufgenommen hat, so ist doch die Kraft und Einwirkung deutscher Sitte und deutschen Rechtes nicht bloß in der ausgebildeten partikulären Gütergemeinschaft, sondern schon in dem mit römischen Namen versehenen Institute des Paraphernums nicht zu verkennen. Th. I. cap. VI. §§. 22 u. 23, welche sich mit den Paraphernen beschäftigen, enthalten unter römischer Hülle manchfach deutschem Boden entstammenden Inhalt. Nach der Lehre des römischen Rechts ist paraphernum ein rein negativer Begriff, der die Nicht-dos bezeichnet, gleichviel ob die Frau außer dem paraphernum noch eine dos habe oder nicht.[66])

Nach römischem Rechte hat der Ehemann bezüglich des paraphernum keinen Anspruch und keine Berechtigung; er wird weder Eigenthümer, noch Verwalter und Nutznießer desselben. Er kann lediglich solche Rechte daran ausüben, welche ihm die Ehefrau durch ausdrückliche oder stillschweigende Ueberlassung eingeräumt hat. Sind die Paraphernen dem Ehemanne zur Verwaltung überlassen worden, so hat er diligentiam quam suis rebus zu prästiren. Anders verfährt das bayer. Landr. schon bei der Begriffsbestimmung.[67])

Nach der Begriffszeichnung des bayer. Landrechts muß die Ehe-

65) Zwei Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes in Dresden beschäftigen sich mit der Frage, ob aus Verträgen, welche die Haushaltsbedürfnisse betreffen, die Ehefrauen, welche dieselben geschlossen haben, für ihre Person verbindlich werden, oder ob die fragliche Verbindlichkeit dem Ehemann obliege, der zu der Bestreitung fraglicher Bedürfnisse verpflichtet sei. In beiden wird die bezügliche Schuld dem Manne überwiesen und insbesondere in einem derselben bemerkt, daß zu den hauswirthschaftlichen Geschäften dieser Art zu zählen sei: Miethe weiblichen Gesindes, Kauf von Schmuck oder Putz für die Frau oder Kinder, soweit dieser Aufwand nicht die Grenzen des dem Ehemann obliegenden standesmäßigen Unterhaltes der Familie übersteige. (Emminghaus Pandekten des gem. Sächs. Rechtes S. 301 Nr. 101.)

66) Vgl. Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht S. 421—423.

67) Hier zeigt sich, daß die deutsche Rechtsanschauung des Sachsenspiegels Art. 31 §. 1: Man unde wif ne hebbet nein getveiet gut to irme live von Einfluß war.

frau besondern Vorbehalt machen, wenn sie jenes Gutes, das sie nicht in dotem gab, Verwaltung haben, und Nutznießung behalten will. Auch das bayer. Landr. l. c. zeichnet negativ als Paraphernum dasjenige Vermögen der Ehefrau, welches sie ihrem Ehemanne nicht ausdrücklich als Heirathgut zugebracht, welches aber gleichwohl sie nicht durch ausdrückliches förmliches Geding ihrer eigenen Verwaltung und Nutznießung vorbehalten hat. Das Landr. in §. 22 l. c. drückt sich übrigens viel präziser aus als Kreittmayr in den annot. ad h. l. Nach dem Landrecht „ist das gesammte Vermögen der Ehefrau, welches sie ihrem Manne nicht ausdrücklich als ein Heirathgut zubringt, entweder paraphernale oder receptitium und zwar das letztere, so weit derselben die Administration und Nutznießung durch besondere Geding hierauf ausdrücklich vorbehalten ist, das erste aber, wenn solcher Vorbehalt nicht geschieht, folglich gedachte Administration und Nutznießung dem Manne zustehet.“ In den annot. ad §. 22 wird vom paraphernum gesagt: „In eng- und eigentlichen Verstand aber wird es recepticio entgegengesetzt und nur das hierunter verstanden, was die Frau dem Manne außerhalb des Heirathguts dergestalt zubringt, daß er auch die Verwalt- und Nutznießung davon hat.“ Das ist nun nicht ganz richtig. Denn darauf, ob die Ehefrau ihre paripherna, d. i. das, was sie extra dotem besitzt, dem Ehemanne zubringt oder nicht zubringt, etwa sogar verheimlicht, kommt nichts an. Der Vermögensbesitz entscheidet; das was die Ehefran extra dotem besitzt, ist paraphernum, falls nicht mittelst besondern Gedings ihm die Rezeptizguteigenschaft verliehen worden ist. Das Zubringen ist bloß für die dos, nicht aber für das paraphernum von Wichtigkeit, denn der Ehemann hat kraft des Gesetzes die Befugniß, die Verwaltung und Nutznießung solcher ehefräulichen Güter, die von der Ehefrau extra dotem besessen werden, auch dann zu verlangen, wenn sie die Ehefrau nicht in das eheliche Haus eingebracht hat. Nach Kreittmayr in den annot. l. c. ist per generalem fere *consuetudinem* in Deutschland hergebracht, daß der Ehemann an den Paraphernalgütern nicht bloß die speziell von der Ehefrau eingeräumten Rechte, sondern Verwaltung und Nutznießung habe.

Mit der Verehelichung entsteht ipso jure die Berechtigung des

Ehemannes an der Verwaltung und dem Nutzgenusse des Paraphernalguts und ebenso erlischt dieselbe mit der Auflösung der Ehe. Vgl. annot. ad §. 22 cit. mit p. II. cap. 9 §. 9 in not lit. a. Die Ehe ist an letztgedachter Stelle als die causa efficiens hingestellt und mit Bezug auf dieselbe wird gesagt: cessante causa cessat effectus. Vgl. auch Landr. Th. I. cap. VI. §. 43 u. 44.

Das Recht des Ehemannes am Paraphernalgut entsteht kraft des Gesetzes sowohl bei jenen Gütern, welche die Frau bei Eingehung der Ehe besitzt, als auch bei jenen Gütern, welche sie erst während der Dauer der Ehe erwirbt, da der Rechtsgrund immer derselbe bleibt und das eheliche Verhältniß sofort die ehefräulichen Güter ergreift. Nun entsteht hier die praktische Frage, ob ein Dritter, z. B. der Vater der Ehefrau rechtsgiltig den Vorbehalt machen könne, daß Vermögensstücke, welche der Ehefrau zufallen, nicht als Paraphernalgüter in die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes kommen sollen, sondern vorbehaltene, i. e. Rezeptizgüter bleiben müssen. Vor eingegangener Ehe kann begreiflicher Weise ein solcher Vorbehalt unbedingt geschehen, da ein Recht des Mannes, hiegegen Einsprache zu erheben, nicht besteht. Es kann also die Frage nur die sein, ob nach Eingehung der Ehe ein solcher Vorbehalt zulässig erscheint. Ein Prohibitivgesetz, welches einen solchen Vorbehalt verbietet, ist nirgend vorhanden, ebensowenig wird, wenn es sich um eine Zuwendung inter vivos oder mortis causa handelt, bei welcher die Frau lediglich lucrirt, sich ein Grund entdecken lassen, den fraglichen Vorbehalt auszuschließen. Wohl findet sich aber ein analoges Verhältniß hinsichtlich des peculium adventitium, bei welchem nach der Bestimmung des cod. civ. p. I. c. 5 §. 6 Nr. 1 derjenige, welcher dem Hauskind etwas zuwenden will, die ausdrückliche Bestimmung treffen kann, daß dem Hausvater die Nutznießung nicht zustehe. Selbstverständlich ist hier nur von lucrativen Geschäften der Ehefrau die Rede, da hinsichtlich der onerosen es auf die oben entwickelten Grundsätze ankommt.

§. 18. Nutznießungsrechte am Paraphernalgut.

Die Ehefrau bleibt Eigenthümerin des Paraphernalguts, der Ehemann erhält die Verwaltung und Nutznießung Ldr. l. c. §. 22. Man

hat diese Rechte des Ehemanns als Wirkung der ehelichen Vormundschaft, die in Art. 31 des Sachsenspiegels genannt ist, bezeichnet; dagegen hat Kraut Vormundschaft Band II. S. 377 erinnert, daß eine Wirkung der ehelichen Vormundschaft schon deßhalb nicht angenommen werden könne, weil, wenn der Ehemann gehindert ist, die Verwaltung zu führen, dieselbe auf die Ehefrau übergeht. Er hat hienach den Erklärungsgrund in der dem Ehemanne und in dessen Ermanglung der Ehefrau zustehenden Herrschaft im Hause gesucht. Dasselbe that Kreittmayr in den annot. ad p. II. cap. IX. §. 9 lit. a, wo er die potestas maritalis als Grund des usus fructus am Paraphernalgut bezeichnet. Die Verwaltung selbst erscheint als Ausfluß des Nutzgenusses; hieraus folgt, daß eine Trennung beider Rechte nicht zuläßig sei. [68]) Eine Folge hievon ist, daß die Miethverträge, die der Ehemann kraft seines Nutznießungs- und Verwaltungsrechts am Paraphernalgute abgeschlossen hat, von der Ehefrau nicht respektirt zu werden brauchen, wenn sie nicht Erbin des Ehemanns geworden, oder bei dem Abschluß des Miethvertrags als Mitcontrahentin conkurrirt hat. [69])

Die Rechte des Nutznießers sind im Landr. Th. II. cap. IX. §. 4 wie folgt, geregelt: „1^{mo} gebühren usufructuario alle fructus tam naturales quam civiles, welche aus dem Gute selbst, dessen Zugehör und Anwachse, oder auch mit Gelegenheit und in Ansehen desselben genossen werden mögen . . . 6^{to} fallen ihm die zur Zeit der Acquisition annoch stehenden oder hangenden fructus naturales über Abzug der hierauf verwendeten Baukosten gleichfalls zu; civiles hingegen werden für das letzte Jahr zwischen ihm und dem proprietario pro rata getheilt. Im Uebrigen stehet ihm 7^{mo} frei, „mit den Gutsnutzungen, so lange sein Recht dauert, nach Belieben zu schalten und zu walten, folglich auch solche an jemand Andern verschreiben, veräußern, cediren oder überlassen zu können." Die annot. ad h. l. Ziff. 1 fügen hinzu, daß dieß Alles salva rei substantia geschehen

68) Vgl. Urtheil des App.- G. in Leipzig bei Emminghaus, Pandekten des gemeinen sächsischen Rechts S. 341 Nr. 41.

69) Dieselbe Anschauung sanktionirt der Entwurf des bürgerl. Gesetzb. für das Königreich Bayern in Art. 453 Abs. 1 u. 2, worin der Nutzungsberechtigte an das bestehende Miethverhältniß nicht für gebunden erklärt wird.

müsse, was auch der folgende §. 5 primo bestätigt. Wenn schon hieraus sich ergibt, daß das Recht der Veräußerung des Paraphernalvermögens dem Ehemanne nicht zustehe, falls nicht die Ehefrau konsentirt, so ist auch in Ldr. Th. I. cap. VI. §. 26 bezüglich der Veräußerung des Frauenguts durch den Ehemann allgemeine Fürsorge getroffen und hiebei auch des Paraphernums ausdrücklich gedacht. In dieser Beziehung wird daher lediglich auf den einschlägigen Paragraphen 15 oben verwiesen. [70])

Ueber die Frage, ob der Ehemann bezüglich des Paraphernalguts als Nutznießer zur cautio usufructuaria verpflichtet sei, schweigt der codex civ. Th. II. cap. IX. §. 6. Wird auch in Ziff. 2 bemerkt, daß Niemand hievon befreiet sei, als die dort aufgeführten Personen, unter welchen sich aber der Ehemann nicht befindet, so ist doch dem Wesen der Ehe nach deutscher Anschauung eine solche Caution fremd und anderseits für die Sicherung des Frauenguts, nicht bloß des Dotal- sondern sämmtlichen Frauenguts bereits durch die oben besprochenen Vorschriften des Ldr. Th. I. cap. VI. §. 25 gesorgt, so daß in der Praxis nur die Ergreifung der Maßregeln a. a. O. unter den dort enthaltenen Voraussetzungen, nicht aber das Begehren einer cautio usufructuaria der Ehefrau zugestanden werden könnte, falls ein solches Verlangen je gestellt werden würde.

§. 19. Beweis der Paraphernalqualität. Praesumtio Muciana.

Wenn es sich um die Frage handelt, ob das Gut, dessen Eigenthumsrecht bezüglich des einen oder andern Ehegatten in Streit kommt, dem Ehemanne oder der Ehefrau gehöre, dann wird ebenso oft von dem Dotalsystem als von dem System der partikularen Gütergemeinschaft zu reden sein. Mit andern Worten: es kann die Qualität eines Guts als Paraphernum dann fraglich sein, wenn wir nur eheliche Sondergüter erblicken, ebenso kann auch die Paraphernalqualität bei Vorhandensein einer ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft mit oder ohne dos in Frage kommen. Läßt sich das Eigenthum an Gütern der Ehegatten für die Berechtigung des einen

---

70) Die Klagerechte, welche dem Ehemann als Usufruktuar zustehen, sind in Landr. Th. II. cap. IX. §. 4 Ziff. 4 u. 5 normirt.

oder andern zur vollen Gewißheit bringen, oder kann man die Qualität des Guts, ob es ein solches des Eheherrn sei, und wenn nicht, ob es bonum dotale, paraphernale oder recepticium sei, mit Bestimmtheit herstellen, so daß man sich nicht auf Vermuthungen und Schlüsse zu stützen braucht, so bedarf es keiner weitern Regel. Wird vollbewiesen oder ist nicht bestritten, daß dieses oder jenes Gut dem Eheherrn, das andere der Ehefrau zustehe, oder ist die Bestimmung der Dotal-, Paraphernal-, Rezeptizqualität außer Contestation, dann sind wir weiterer Erörterung enthoben. In vielen Fällen gebricht es aber am Beweise. Man hat sich daher durch Vermuthungen zu helfen gesucht und sind denn vom bayer. Landr. Th. I. cap. VI. §. 23 Ziff. 1 und 2 die folgenden zwei Präsumtionen aufgestellt worden: 1mo Wird in Zweifel allzeit vermuthet, daß das Gut mehr dem Manne als der Frau eigen sei. Desgleichen werden 2do der Ehefrauen sammentliche Güter so lang für paraphernal geachtet, bis das angebliche bonum dotale vel recepticium genugsam bewiesen ist. Man sieht sofort, daß die erste Präsumtion die weitergreifende ist. Zuerst soll, wenn in Frage kommt, ob das eheliche Gut dem Ehemanne oder der Ehefrau gehöre, für den Ehemann präsumirt werden. Wenn aber bereits mit oder ohne Hilfe dieser Vermuthung feststeht, daß es sich um ehefräuliches Gut handle, dann erst soll im Zweifel für paraphernum vermuthet werden. Die Entscheidung des Landrechts ist eine vollkommen bestimmte, wenn auch mit dem Stande der heutigen Rechtswissenschaft nicht ganz vereinbarliche. Die praesumtio Muciana in l. 51 Dig. 24, 1 de donat. inter vir. et ux. ging von der Voraussetzung aus: Man müsse im Zweifel annehmen, daß die Ehefrau, das was sie besitze, von dem Ehemanne erhalten habe, um den Verdacht von ihr zu entfernen, sie habe es durch ein schändliches Gewerbe gewonnen. Diese evitatio turpis quaestus schlägt in unserer Zeit, in der wir die Ehefrauen nicht mehr für verdächtig halten, als ratio legis nicht mehr an, allein sie ist einmal nach dem Zeugnisse Kreittmayrs in den annot. ad §. 23 cit. die Veranlassung zu obigem Gesetzestexte geworden. Zu beachten ist die Auslegung, welche der von Kreittmayr l. c. allegirte Stryck us. modern. l. XXIV. Tit. I. §. 12 et seq. der gedachten Regel gibt. Er sagt: In l. 51 Dig. XXIV. 1 u. l. 6 Cod. V. 16 deprehenduntur duae regulae: 1) quic-

quid uxor *constante matrimonio* acquirit, in dubio praesumitur ex bonis mariti acquisivisse, 2) bona uxori *constante matrimonio* acquisita ad maritum spectant. — Donatio a marito in uxorem collata non praesumitur, sed ab uxore probanda. Non raro uxores ex re mariti aliquod peculium sibi colligere et ita marito aliquid subtrahere solent. — Illi praesumtioni non tantum locus contra uxorem et ejus heredes, sed etiam contra tertium possessorem, qui habet causam ab uxore, e. g. si uxor alienasset rem durante matrimonio. Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet. Pro possessore praesumtio levis et generalis est, et illa fortiori elidilur. Stryck erkennt hier an, wie Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 276 thut, daß die praesumtio Muciana voraussetze, daß der Erwerb während der Ehe konstatirt sei. Nach Puchta muß dieß der Mann erweisen, und hat erst dann jene Präsumtion statt, welche die Frau zum Beweise zwingt, daß das betreffende Gut ihr gehöre. Ob aber von der allegirten Landrechtsstelle auch vorausgesetzt werde, daß der Erwerb während der Ehe konstatirt sei, und daß der Mann diesen Erwerb während der Ehe erweisen müsse, dürfte billig bezweifelt werden. Denn ist einmal die Thatsache konstatirt, daß das kritische Gut erst während der Ehe erworben wurde, dann wird auch in den meisten Fällen eo ipso die erstbezeichnete Präsumtion gar nicht mehr nöthig sein. Das Güterverhältniß wird dann über die neoacquisita entscheiden. Ist nämlich die Ehe eine solche mit förmlichem Ehevertrage über die Güterverhältnisse, dann ist entweder über die neoacquisita verfügt, oder die gesetzliche Regel belassen. Bei der letzteren bedarf es bloß der Feststellung, daß gemeinschaftliche Thätigkeit der Ehegatten zum Erwerbe oder doch in der Führung des Haushalts stattgefunden, um über die errungenen Güter und wem dieselben gehören, klar zu werden. Die Regeln über Errungenschaftsgemeinschaft werden dann die praes. Muciana überflüssig machen.

Das Prinzip des gemeinen deutschen Rechts hat Chr. L. Runde, deutsches ehel. Güterrecht S. 184 in nachstehender Weise bezeichnet: „Eine allgemeine, vom Beweise befreiende Vermuthung für die Errungenschaft und gegen die Propergutsqualität läßt sich aber ebenso wenig begründen: als der praesumtio Muciana zum Vortheil des Mannes Raum geben, welcher ihr schon durch die Annahme des

Instituts einer, wenn gleich nur partikularen materiellen Gütergemeinschaft versperrt ist." Mittermaier d. Priv. R. VI. Aufl. S. 391 äußert sich hierüber: „Die Thatsache, daß ein Gegenstand während der Ehe erst angeschafft wurde, begründet die Vermuthung der Errungenschaft, wenn nicht nach dem Landesrechte (wie in Bayern) die Errungenschaft noch an eine besondere Entstehung geknüpft ist (wie bei uns z. B. wenn nur das mit gemeinschaftlicher Thätigkeit Erworbene dazu gerechnet wird), die dann freilich nachgewiesen werden muß. Die praesumtio Muciana ist hier unanwendbar." Interessante Erkenntnisse aus dem gemeinen sächsischen Rechte werden von Emminghaus, Pandekten des sächs. Rechts S. 344 Nr. 49 u. 50 mitgetheilt. Nach dem ersten ist anzunehmen, daß, wenn eine Ehefrau während der Dauer der Ehe Gelder ausgeliehen hat, bis zum Beweise des Gegentheils die Gelder dem Ehemann gehören und die Ehefrau nach Auflösung der Ehe von ihrem Ehemann oder dessen Erben nur Dasjenige zurückzufordern berechtigt ist, wovon sie die Illation erweisen kann. Das zweite hat den Fall im Auge, daß der Ehemann Geld ausleiht und die Urkunde dahin stellen läßt, daß seine Frau die Gläubigerin und das Geld aus deren Vermögen von ihm ausgeliehen sei. Hier soll l. 51 Dig. cit. unanwendbar sein. In einem dritten sub Nr. 51 mitgetheilten Erkenntnisse wird dagegen baares Geld, das lediglich im Verschlusse der Ehefrau sich befand, von der gedachten Regel nicht ausgenommen. Roth u. Meibom kurhess. Privatrecht S. 388 sehen in der praes. Muciana eine Bestimmung, die sich mit dem gemischten System des Dotalrechts und der Errungenschaftsgemeinschaft wohl vereinigen lasse und bringen in Nota 8 aus mehreren Erkenntnissen Belege, daß die Rechtsvermuthung der l. 51 cit. Anwendung auf Sachen leide, welche zu einem von der Ehefrau ausschließlich betriebenen Geschäft, z. B. Putzgeschäft gehören, sowie nach dem Tode des Ehemanns auf die Sachen, welche sich zur Zeit seines Todes in der gemeinschaftlichen Wohnung unter seiner Einwirkung befunden haben. Ueberall finden wir keine Bestätigung dafür, daß der Gerichtsgebrauch bei der Anwendung der l. 51 cit. vorausgesetzt habe, daß vorerst der Ehemann den Beweis des Erwerbs während der Ehe führen müsse. Wir vermögen sonach auch im bayer. Landrechte, insbesondere auch im Hinblicke auf Baron

Schmid ad tit. I. art. 1 Nr. 55, 56, 88, in welchen nirgend Erwähnung jener Voraussetzung geschieht, dieselbe nicht für begründet zu erachten.[71]) Die Beweisführung über das Gegentheil, daß nämlich die Sachen nicht eheherrliche seien, ist der Ehefrau im bayer. Landrechte erleichtert. Auf den Ausdruck: quod non *demonstratur* in l. 51 cit. hin wurde nämlich Bescheinigung für genügend erachtet und von probatio plena abgesehen. Vgl. annot. ad §. 23 Eingangs. Auch soll, wenn einmal quod substantiam der Beweis erbracht ist, z. B. daß die Ehefrau eine Erbschaft erlangt habe, der übrige Beweis ratione quanti vel rerum singularium durch den Eid (suppletorium) oder sonst „leicht" gemacht werden. Wir haben übrigens im Landrecht Th. IV. cap II. §. 3 decimo eine analoge, Beweis erleichternde Bestimmung, indem beim mutuum falls substantia debiti einmal nachgewiesen, circa quantum der Gläubiger zum Eide gelassen werden soll. Bei dem völlig analogen Verhältnisse hier kann die Ansicht in den annot. nicht beanstandet werden. Als Gegenvermuthungen sollen der Ehefrau, unterstützt durch ihren Eid zu statten kommen, wenn sie in eigenem Namen Handelschaft oder sonst eine Kunst treibt, durch welche sie Vermögen erwerben kann, dann auch wenn ein notorisch vermögensloser Mann zu einer reichen Ehefrau einheirathet — Glück Pand. Comm. Bd. XXVI. S. 219. — Wir müssen die Würdigung solcher Gegenpräsumtionen nach den Umständen des einzelnen Falles dem richterlichen Ermessen überlassen.

Die zweite Rechtsvermuthung, falls nämlich feststeht, daß es sich um Frauengut handle, ist die für die Paraphernalqualität, diese

71) Mit gutem Grunde wird von Reyscher, gemeines und württemb. Priv.-R. §. 560 Nota 11 behauptet, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft, wenn das Eigenthum des einen oder andern Ehegatten nicht bewiesen werden kann, für gemeines Gut oder Errungenschaft vermuthet werde, indem das römische Recht die praes. Muc. bloß im Verhältnisse zum Vermögen der Frau aufgestellt und an eine societas bonorum dabei nicht gedacht habe. Allein das bayer. Landrecht kennt die Errungenschaftsgemeinschaft und stellt gleichwohl diese praes. Muc. auf. Wir müssen also dieselbe neben den Regeln über Errungenschaft anwenden. Uebrigens hatte die oben berührte Ansicht Reyschers schon in Balthasar pract. resol. Tit. I. art. 1 Nr. 94 einen Vertreter. Die annot. ad p. I. cap. VI. §. 20 Nr. 2 in fine und ebenso B. Schmid ad Tit. I. art. 1 Nr. 55 mißbilligen dieselbe ausdrücklich.

stimmt genau mit den Vorschriften über Dotal- und Rezeptizgut zusammen. Diese beiden Arten von Gütern können nämlich ohne ausdrückliches Geding gar nicht bestehen; ist ein solches aber nicht vorhanden, dann ist immer Paraphernalqualität anzunehmen.

§. 20. Verwaltungsrecht des Ehemannes am Paraphernalgut.

Hinsichtlich des Dotalgutes braucht nach den Grundsätzen des bayer. Landrechts vom Verwaltungsrecht keine Sprache zu sein, weil der Ehemann als Eigenthümer im Ausflusse seines Eigenthumsrechts alle Verwaltungsbefugnisse in unbeschränkter Weise hat und genügend bestimmt ist, in welcher Weise für die Erhaltung des Dotalgutes der Frau zu sorgen ist. Am Paraphernalgut ist durch Landrecht Th. I. cap. 6 §. 22 ausdrücklich die Verwaltung dem Ehemann zugestanden und sonach des Näheren zu sehen, in wie weit diese Verwaltung eine allgemeine, oder in welcher Richtung sie zu beschränken sei. Im römischen Rechte konnte die Frage, wiefern der Ehemann am Paraphernalgute Verwaltungsrechte ausübe, um deßwillen nicht eingehend gewürdigt werden, weil nach römischem Rechte am Paraphernalgut dem Ehemann nur jene Befugnisse zustehen, die ihm von der Frau speziell eingeräumt wurden, jedoch ist nach der bereits angeführten l. 11. Cod. 5. 14 de pact. convent. ihm die diligentia quam suis zur Pflicht gemacht. In den Ländern des gemeinen sächsischen Rechtes wird die Verwaltungsbefugniß des Ehemannes hauptsächlich nach den Grundsätzen der ehelichen Vormundschaft beurtheilt; der Mann ist des Weibes Vormund nach dem Sachsenspiegel Bch. I. Art. 31 Art. 45 Bch. III Art. 45.[72]) Diese Vormundschaft ist dem bayer. Landrecht fremd. Kreittmayr verwahrt sich in den Annot. zu Th. I. c. 7 §. 41 ganz besonders gegen die Annahme einer solchen curatela mariti. Das bayer. Landrecht hat sich vielmehr darauf beschränkt in Th. I. c. 6 §. 12 eine potestas maritalis zu statuiren, unter welche sofort nach geschehener Verehelichung die Ehefrau tritt, und hat am angeführten Orte Nr. 4 wörtlich bestimmt: 4to „hört die Curatel einer minderjährigen Ehefrau nach geschehener Verehelichung alsogleich auf

72) An letzterer Stelle wird ausdrücklich gesagt, daß der Mann seines Weibes Vormund ist, sobald als sie ihm angetraut wird.

und wird mit potestate maritali, worunter dieselbe während der Ehe zu stehen hat, verwechselt." Diese potestas maritalis verleiht an sich nicht jene ausgedehnten Rechte, welche in der curatela mariti des sächsischen Rechtes liegen, wohl aber ist im bayerischen Landrecht an den betreffenden Stellen dafür gesorgt, dem Ehemann mit Unterscheidung der verschiedenen Arten der Güter bestimmte Rechte einzuräumen, wie denn insbesondere hinsichtlich des Paraphernalgutes dieses durch Einräumung der Administration und Nutznießung geschehen ist. Einzelne Befugnisse, welche dem Ehemann als Verwalter des Paraphernalgutes zustehen, sind folgende:

1) wurden dem Ehemann unbewegliche Sachen als Paraphernen inferirt, so steht ihm die Bewirthschaftung derselben in ausgedehntem Maße zu, während von einer Veräußerung ohne Zustimmung der Ehefrau nach oben bereits erörterten Grundsätzen keine Sprache sein kann. Würde die Ehefrau hinsichtlich dieser Verwaltung einzelne Beschwerden und zwar selbst nicht ungegründete Beschwerden führen können, so ist gleichwohl der Ehefrau nicht das Recht einzuräumen, sofort ihr Paraphernalgut zurückzuverlangen; nur für den im Landrechte speziell bestimmten Fall des §. 25 Ziff. 2, kann eine solche Forderung begründet werden. Vgl. hiezu Emminghaus a. a. O. S. 854 Nr. 4.

2) Die Contrahirung von Schulden mittelst Versicherung der aufgenommenen Kapitalien auf Paraphernalgütern der Ehefrau steht völlig der Veräußerung gleich und ist deßhalb ohne die Zustimmung der Ehefrau nicht möglich.

3) Die Bewirthschaftung der unbeweglichen Güter, die Verwendung der aus denselben gezogenen Früchte ist im vollen Umfange dem Ehemann freigegeben.[73])

---

73) C. W. E. Heimbach, Erörterungen S. 128 im Auszuge bei Emminghaus a. a. O. Nr. 3: Bei Immobilien der Frau muß man dem Mann weitere Grenzen stecken, als dem römischen Usufruktuar. Er kann mit Gebäuden Alles vornehmen, was ihren Werth, ihre Brauchbarkeit, ihren Ertrag erhöht; sobald damit nur nicht die Bestimmung des Gebäudes abgeändert wird. Verfallene Gebäude muß er herrichten, es sei denn, daß damit für die Frau kein Vortheil verbunden. Das O.-A.-Gericht Jena hat 1847 nach Gotha erkannt: der Dritte, dem der Mann diese Her-

4) Bei beweglichen Sachen hat im Allgemeinen der Ehemann dahin zu trachten, daß die Substanz der Dinge nicht verletzt, sondern nur die Früchte zu dem Zwecke der Ehe verwendet werden. Eine schwierige Frage ist, ob der Ehemann Paraphernalkapitalien der Ehefrau aufkünden und anderweitig anlegen darf, wenn nämlich diese letztere die Zustimmung hiezu nicht ertheilt. Jedenfalls wird man insolange, als die Ehefrau ihren Dissens nicht ausdrücklich und im Wege Rechtens z. B. durch eine Protestation gegen die geschehene Aufkündung ausgesprochen hat, annehmen müssen, daß dieselbe mit Willen der Ehefrau geschehen sei, und würde hiefür schon das praesumtum mandatum des Ehemanns streiten. Es kann also nur die Frage die sein, ob die Ehefrau die Aufkündung eines Paraphernalkapitals hindern kann, selbst dann, wenn sie keine Gefahr für dasselbe und somit keinen Grund zur Antragstellung auf Sicherung ihres Vermögens nach Landr. Th. I. cap. VI. §. 25 Ziff. 2 behaupten kann. B. Schmid unterscheidet in Tit. I. art. 17 Nr. 21—23 churfürstl. Zinnß- und Landschaftsbrief (Staatspapiere), ewige Gelter und bloße Chirographar-Schuldverschreibungen mit Zinsversprechen. Die ersteren sollen gleich den Immobilien unveräußerlich sein, falls die Ehefrau nicht zustimmt, die letztern aber nicht. Kreittmayr geht in der Beschränkung des Eheherrn weiter. Er sagt in den annot. ad p. II. cap. IX. §. 10 lit. f., daß Leyser in spec. 106 §. 5 mit Unrecht dem Usufruktuar von Kapitalien erlaube, ganz frei damit zu schalten, mit Unrecht demselben gestatte, sie nach eigenem Belieben „ohnersucht des proprietarii" aufzukünden oder zu transportiren. Nach seiner Meinung dürfe Usufruktuar ohne Consens des Proprietar das Kapital weder angreifen, noch *so lange keine Verlustsgefahr vorhanden ist oder Debitor solches selbst nicht mehr behalten will*, aufkünden und retiriren. Der codex enthält hierüber keine Aeußerung. Aus der Analogie der Verwaltung von Pupillengut durch den Vormund könnte nur bezüglich unverzinslich oder unsicher anliegender Aktivkapitalien etwas entnommen werden, denn nach Ldr. I. cap. VII. §. 12 darf der Vormund, falls er nicht siegelmäßig ist, ohne Vorwissen der Obrigkeit Aktivkapitalien nicht anlegen,

---

stellung auftrug, habe eine Klage auf Ersatz der Arbeit und des Materials wider die Frau. l. 14 C. de neg. gest. II. 18.

wohl aber ohne deren Vorwissen unverzinsliche oder nicht sicher liegende Aktivschulden beitreiben. Bei unverzinslichen Kapitalien liegt der Verlust für den Ehemann nahe, da er berechtigt ist, Fruchtgenuß zur Bestreitung der ehelichen Lasten zu begehren. Diese braucht er eben deßwegen in keinem Falle liegen zu lassen, eben so wenig solche, deren Verzinsung unregelmäßig oder nur nach vorgängiger Einklagung geschieht. Dagegen muß die Frage, ob andere Kapitalien gekündet werden dürfen, falls die Ehefrau die richterliche Entscheidung anregt, lediglich nach den Verhältnissen des Falles beantwortet werden. Es wird darauf ankommen, ob die rei substantia voraussichtlich unversehrt bleibe, denn salva rei substantia kann gleichwohl dem Ehemanne die anderweitige, etwa seinen darzulegenden rechtmäßigen Zwecken besser entsprechende Kapitalsanlage nicht unmöglich gemacht werden, ohne seine Stellung als Haupt der Familie zu beeinträchtigen. 74)

5) Der Mann ist berechtigt, aus Verbindlichkeiten, welche an die Ehefrau geschuldet werden, zu klagen und die Dritten zur Leistung an ihn anzuhalten. Diese Berechtigung muß ihm sowohl in Folge seiner Stellung als Verwalter, als auch in der Erwägung gegeben werden, daß die Befugnisse, welche er an dem seiner Verwaltung überwiesenen eheſräulichen Vermögen ausübt, mindestens ebenso stark sind als die Befugnisse des Vormundes. Kreittmayr hebt in den annot. zu Theil I. c. 7 §. 41 hervor, daß dem Ehemann größere Befugnisse zustehen, als dem Vormund; so z. B. lege der Ehemann seiner Administration halber keine Rechenschaft ab, verfertige kein Inventar, bedürfe keiner obrigkeitlichen Bestätigung und keiner Genehmigung, wenn er die Güter der Ehefrau mit deren Einwilligung veräußere, so daß die potestas maritalis ein größeres Maß von Befugnissen als die curatela minorum enthalte.

74) Heimbach, Lehrb. des part. sächs. Privatrechts bemerkt hierüber S. 183 Nota 6: „Wo es an Landesgesetzen fehlt, welche die Erhebung der eingebrachten Kapitalien an die Zustimmung der Ehefrau binden, ist dem Ehemanne die selbständige Einhebung und Quittirung vermöge seines Dispositionsrechtes über die fahrende Habe auch nach den Grundsätzen von ususfructus nominum nicht zu versagen.“ Das Einkassiren und Quittiren der Kapitalien, welche der Schuldner nicht mehr behalten will, ist nach der obigen Bemerkung Kreittmayrs zweifellos zur eheherrlichen Verwaltungsbefugniß gehörig. Vgl. auch Seufferts Archiv II. Nr. 190.

6) Wenn es sich um einen Prozeß über Paraphernalgut oder Dotalgut handelt, ist der Ehemann nur bei einem Streite über das Eigenthum verbunden, vor dem Definitivbescheide die Zustimmung seiner Ehefrau beizubringen; bei anderen Fragen wird ihm nach G.-O. c. VII. §. 5 Präsumtivvollmacht eingeräumt (Vergl. Seuff. Comm. zur G.-O. zu c. VII. §. 5.)

7) Sind Kapitalien der Ehefrau auf Immobilien hypothekarisch eingetragen, so kann der Ehemann nach den Bestimmungen unseres Hyp.-Ges. ohne Consens oder Ermächtigung der Ehefrau dieselben nicht löschen lassen. §. 103 des Hyp.-Gesetzes bestimmt: „Zur Erwerbung oder Erhaltung eines Rechtes für denjenigen, in dessen Namen Jemand auftritt, ist eine vermuthete oder mangelhafte Vollmacht hinreichend; soll aber Jemand durch Handlungen eines Anderen verbunden werden, so wird eine förmliche und die Handlung bestimmt ausdrückende Vollmacht oder eine noch vor der wirklichen Aufnahme des Geschäftes in das Hypothekenbuch erfolgende Genehmigung von Seite des Bevollmächtigers erfordert.“ Hier ist nun ausdrücklich eine vermuthete Vollmacht, wenn es sich um den Verlust eines Rechtes handelt, ausgeschlossen. Ebenso sagt §. 158 des Hyp.-Ges., daß eine im Hyp.-Buche eingetragene Hypothek nur mit Beiziehung desjenigen, dessen Hypothekrecht dadurch verloren gehen soll, gelöscht werden darf. Im Sinne des Hyp.-Buches erscheint als Gläubiger nur derjenige, der als solcher im Hyp.-Buche vorgetragen ist. Wenn nun die Ehefrau als Hypothekgläubigerin vorgetragen ist, so ergibt sich von selbst, daß eine Löschung von Kapitalien ohne deren Zustimmung und Ermächtigung nicht geschehen kann.

8) Bilden dingliche Rechte den Gegenstand des Paraphernaleinbringens, so können diese von dem Ehemanne benützt, keineswegs aber nach bereits angegebenen Grundsätzen von ihm aufgegeben werden.

9) Einen erheblichen Unterschied zwischen Dotal- und Paraphernalgut macht das Landrecht in Th. I. cap. VI. §. 23 quarto. Es wird nämlich dort festgesetzt: Was der Mann mit der Frauen Geld oder Gut für sich und auf seinen Namen allein anschafft, das wird ihm auch allein eigen, und obwohl der Frau oder ihren Erben die Vergütung ihres verwendeten Paraphernals solchenfalls gebührt, so mögen sie doch das surrogatum selbst, weder in subsidium bei

ermangelnden andern Mitteln noch sonst vindiziren. Anders mit dem Heirathgute, bei welchem in §. 13 Nr. 20 die Vorschrift gilt, daß „was von demselben mit oder ohne der Ehefrau Wissen in anderweg beigeschafft wird, in die Stelle desselben eintritt, wenn solches auf andere gleichgültige Weis nicht mehr zu haben ist.“

§. 21. Rezeptizgut. 75)

Nach Ldr. Th. I. cap. VI. §. 22 ist das gesammte Vermögen der Ehefrau, welches sie ihrem Ehemanne nicht ausdrücklich als ein Heirathgut zubringt, entweder paraphernale oder *recepticium* und zwar das letztere, soweit derselben die Administration und Nutznießung durch besondere Geding hierauf ausdrücklich vorbehalten ist.

Wer macht diesen Vorbehalt? Vor der Ehe steht jedenfalls der Ehefrau frei, oder jedem, der für sie mit dem Ehemanne paktirt, das ehefräuliche Gut mit der Rezeptizeigenschaft zu versehen. Es muß eben noch Zeit sein, freies Geding zu machen. Nach Eingehung der Ehe kann die Ehefrau nur mit Zustimmung des Ehemanns ihrem Vermögen diese Qualität verleihen. Denn es wird, was sie hat, oder nach Eingehung der Ehe erwirbt, sofort paraphernale, es erwächst sofort dem Ehemanne ein jus quaesitum der Nutznießung und Verwaltung hieran, das ihm durch die Ehefrau nicht einseitig entzogen werden kann. Will der Ehemann gestatten, daß die ehefräulichen Güter als Rezeptizgüter betrachtet und behandelt werden, so ist hiezu die Errichtung förmlicher notarieller Ehepakten nothwendig. Nur bezüglich des sogenannten Spiel- oder Stecknadelgeldes, das für kleine eheweibliche Bedürfnisse bestimmt ist, wie sie der Name andeutet, hat das Gesetz in §. 23 Ziff. 3 die Vermuthung der Rezeptizqualität aufgestellt. Bei einer lukrativen Zuwendung an die Ehe-

75) Unter den Namen: Einhands-, Spiel-, Trüffel-, Sonder-, Spargüter kommen dieselben schon im deutschen Rechte des Mittelalters vor. Vergl. Kraut Vormundsch. Bd. II. S. 376.

Quando mulier dotem marito dabat tum quae ex suis bonis retinebat neque ad virum transmittebat, ea *recipere* dicebatur: sicuti nunc quoque in venditionibus recipi dicuntur, quae *excipiuntur* neque veneunt. Gellius. Noct. Attic. lib. XVII. cap. 6. Ueber die Eintheilung der ehefräulichen Güter ist zu vergleichen die von Kreittmayr ganz besonders berücksichtigte Erörterung Leyser's spec. 302 de discrimine bonorum uxoriorum.

frau inter vivos gleichwie mortis causa kann der Geber seiner Bestimmung die Bedingung beifügen, daß die Ehefrau Nutznießung und Verwaltung behalte. Es wird hier kein jus quaesitum verletzt und steht dem Geber völlig frei, seine Zuwendung von Bedingungen abhängig zu machen. Würde die Zuwendung selbst mit einer turpis causa in Verbindung gesetzt werden, so ist es immerhin Sache des Ehemanns in Ausfluß seiner potestas maritalis die Acceptation derselben zu hindern.

Das Landrecht in den annot. ad §. 22 cit., sowie der cod. judic. cap. XX. §. 6 Nr. 3 räumen in Ansehung des Rezeptizgutes der Ehefrau in bonis mariti legalem hypothecam nicht ein. Auch das Prioritätsgesetz vom 1. Juni 1822 §. 23 Ziff. 3 beschränkt das Vorzugsrecht in der vierten Classe auf das Heirath-, eingebrachte Gut, sowie auf Morgengabe, Widerlage oder Wittibsitz. Da Rezeptizgüter nicht eingebracht werden, so sind sie hiemit von dem Vorzuge in der 4. Classe ausgeschlossen. Man kann auch nicht behaupten, daß die Ehefrau durch die Thatsache der Hingabe ihres Rezeptizguts dasselbe zum Paraphernum gemacht habe. Denn ebenso wenig durch das bloße Faktum der ehefräulichen Nutznießung und Verwaltung der Paraphernal- oder Dotalgüter dieselben zu Rezeptizien werden, da zu dieser Verwandlung eben ein selbständiger Rechtsakt gehört, ebenso wenig kann das Rezeptizgut durch die Hingabe an den Ehemann sofort seine Qualität verändern, um mit der gesetzlichen Begünstigung des Paraphernums etwa am Tage des ehelichen Vermögensverfalls ausgerüstet zu erscheinen. Gerade die Schutzlosigkeit der Ehefrau gegenüber dem Verwaltungsrecht des Ehemanns hat die Vorzugsrechte der Prioritätsordnung hervorgerufen: in Hinsicht auf die Rezeptizien steht die Ehefrau aber ihrem Ehemanne wie eine fremde Person gegenüber, sie braucht also diesen Schutz nicht. [76])

76) Lauterbach colleg. pand. lib. XX. tit. II. §. 35 sagt: Pro reliquis bonis, quorum administrationem uxor marito non concessit, sed sibi reservavit, quae alias recepticia dicuntur, eidem tacita hypotheca non competit, deficit enim legis dispositio.... Hinc etiam uxor, quae repetit pecuniam marito mutuo datam, tacita non gaudet hypotheca: nam maritus *non administrationis gratia, sed animo credendi*, pecuniam ab uxore accepit, ideoque haec inter simplices creditores in concursu refertur, sicuti hoc praejudicio confirmat Carpzov.. Mevius.

Im Zweifel spricht die Vermuthung wider das Rezeptizgut Ldr. Th. I. cap. VI. §. 23 n. 2.

Die Ehefrau kann über dieselben frei verfügen ohne des eheherrlichen Consenses zu bedürfen. Ldr. l. c. §. 27 1mo.

Die Ersparnisse von den Früchten aus dem Rezeptizvermögen gehören in den Bereich der ehelichen Errungenschaft.

§. 22. Die Widerlage.

Aus der römischen Lehre von der donatio propter nuptias heraus hat sich im bayerischen Landrechte die Lehre von der Widerlage gebildet — fast ganz auf römischen Grundlagen beruhend. [77])

Von der Widerlage wird im Landrechte von 1616 in Tit. I. art. I. am Ende gehandelt, indem es dort heißt: „Hätte aber das Weib ihrem Mann ein gewisses und rechtes Heirathgut zugebracht, doch sonsten zwischen ihnen, wie es der Todfäll halben, soll gehalten werden, nichts bedingt worden, so folgt ihr die Widerlag, welche dem Heyrathguet gleich seie, ihr Lebenlang nutznießlich und sonsten das ander alles, wie oben im Anfang gemeldet ist, [78]) allein, daß der Kindstheil in dem mit einander eroberten Guet gefallen sein soll."

---

77) Die Lehrer des römischen Rechts erklären in der großen Mehrzahl, daß dieses Institut in Deutschland nicht in Gebrauch gekommen sei, vgl. Sintenis prakt. Civilrecht, I. Aufl. Bd. III. S. 12, Vangerow Pand. 6. Aufl. §. 222, Arndts Pand. §. 413 (I. Aufl.), Puchta Pand. IV. Aufl. §. 424, Seuffert Pand. III. Aufl. §. 462 b. Wir können jedoch dieser Ansicht nicht unbedingt beipflichten, da wenigstens in dem bedeutenden Rechtsgebiet des bayer. Landrechts dieses Institut fast vollständig Aufnahme fand, vgl. auch Mittermayer d. Pr. R. VI. Aufl. §. 393 Nota 9 und die Alleg. dort und Glück Comm. Bd. XXV. S. 274—319 und besonders S. 317. Treffend ist von Maurenbrecher Lehrb. des heutigen gem. deutschen Rechts I. Aufl. §. 478 die doppelte Gestalt hervorgehoben worden, in welcher unser Institut in Deutschland auftrat, nämlich die römischen Ursprungs, in welcher es neben der dos vorkommt und unter dem deutschen Namen: Gegenvermächtniß (preuß. Landr.) oder Widerlage erscheint und der hervorragend unser bayer. Landr. sich anschließt und die deutscher Herkunft, bei welcher der Mann oder dessen Erben die dos lukriren und nur das Dotalitium statt derselben zu zahlen brauchen.

78) Vom Kindstheil an der Errungenschaft abgesehen — im ganzen Artikel wird eine mit Kindern gesegnete Ehe vorausgesetzt —: Morgengabe, End, Gebäud, Kleider, Kleinodien, was zum Leib gehörig, ein Kindstheil der gemeinen vermischten Hausfahrniß.

B. Schmid beschränkt sich in den Erläuterungen zu Art. 1. Nr. 165 u. 166 darauf hervorzuheben, daß zwar regelmäßig die Widerlage der eingebrachten dos gleich sei, daß aber durch Ehepakten eine größere Summe zur Widerlage bestimmt werden könne, als zur dos bestimmt worden. Ferner hebt B. Schmid hervor, daß das Ausmaß der gesetzlich zu regulirenden Widerlage sich nicht nach der Größe des gesammten ehefräulichen inferirten Vermögens, d. i. der dos und der Paraphernalien, sondern der dos allein sich zu richten habe.

Das alte Landrecht setzt voraus, daß die Ehefrau ein „gewisses und rechtes" Heirathgut eingebracht habe, das auch nach altem Landrecht ohne Heirathsgedinge nicht zu denken ist und daß ferner über die Succession nicht in dem Heirathgedinge paktirt sei. Ist eine solche Stipulation de succedendo getroffen, so hat es bei dieser sein Verbleiben, ohne daß die Widerlage gefordert werden kann. Das neuere Landrecht von 1756 in Th. I. cap. VI. §. 14 beschäftigt sich in umständlicher Weise mit der Widerlage. B. Kreittmayr berichtet uns in den annot. ad h. l. Ziff. 1 am Ende, daß in Bayern wenig Ehepakten ohne Widerlage vorkommen. Der Begriff der Widerlage wird in §. 14 l. c. 1mo wie folgt gegeben: „Was die Ehefrau in Ansehen des Heirathsguts von ihrem Manne, oder statt seiner von andern mit oder auch ohne sein Vorwissen erlangt, das ist und heißt 1mo die Widerlag oder das Gegenvermächtniß (contrados vel donatio propter nuptias.) [79])

Das Heirathgut ist hier die stete Voraussetzung der Widerlage geblieben wie im alten Landrecht und hat Kreittmayr erklärt, daß der Zweck derselben, welcher von den Schriftstellern verschieden, nämlich in securitatem, remunerationem, recompensationem dotis angegeben wurde, absichtlich keine Erwähnung fand. Hinsichtlich der Bestellung der Widerlage sind folgende Fälle zu unterscheiden: a) die Heirathspakten enthalten die Bestellung eines Heirathguts, ohne jedoch von einer Widerlage Erwähnung zu thun. Hier ist kraft des Gesetzes der Ehefrau der gleiche Betrag, welchen das Heirathgut ausmacht, als Widerlage zu geben — Landr. Th. I. cap. VI.

79) Ueber die Unklarheit desselben und die Aufstellung eines präziseren, vgl. Bl. f. R.-A. Bd. X. S. 7.

§. 14 Nr. 3. — Die eben allegirte Stelle könnte zu einem Zweifel Anlaß geben. Sie lautet nämlich: „3tio: Wird zwar nicht erfordert, daß die Widerlag dem Heirathgut allzeit gleich sei, sondern es kann mehr oder minder hievor bedungen werden, falls aber keine förmlichen Ehepakten vorhanden sind, so ist man der Ehefrau so viel, als das Heirathgut beträgt, pro contradote schuldig." Hier hat es den Anschein, als ob, ohne daß förmliche Ehepakten vorhanden sind, was doch die Voraussetzung der dos ist, gleichwohl ein Heirathgut bestehen könne. Allein nach der bestimmten Vorschrift in Th. I cap. VI. §. 29 4to soll, wenn förmliche Ehepakten nicht vorhanden sind, das eingebrachte Gut in allen Fällen nur für ein Paraphernum gehalten werden. Man ist jedoch keineswegs zu der Annahme genöthiget, daß die beiden Landrechtsstellen sich widerstreiten, da dieselben vereinigt werden können. Beschränkt man nämlich die Bedeutung des Ausdruckes: „falls aber keine förmlichen Ehepakten vorhanden sind" in §. 14 Ziff. 3 auf die Stipulation wegen der Widerlage, d. h. nimmt man an, daß zu subintelligiren sei: falls aber keine förmlichen Ehepakten „in Betreff der Widerlage" vorhanden seien, so können beide Stellen neben einander wohl bestehen. Hiezu ist man nach Ldr. Th. I. cap. I. §. 10 berechtigt, wonach bei der Doktrinalauslegung „3tio ein in allzu generalen terminis lautende Ordnung in besondern Fällen eingeschränkt werden soll, wenn offenbar und augenscheinlich ist, daß ratio legis vollkommen und gänzlich hierin cessirt." Mit dieser Auslegung vereinigt sich auch die folgende Stelle Ziffer 4, welche lautet: 4to kann selbe (Widerlage) ohne wirklich eingebrachtes Heirathgut niemals bestehen, sondern wird allenfalls nur für eine bloße Schankung, mithin nach Maßgabe des folgenden ein und dreißigsten Paragraph geachtet." [80]) b) Die Heirathspakten haben sich mit der Widerlage ausdrücklich beschäftigt. Hier ist verordnet §. 14 tertio: „Wird zwar nicht erfordert, daß die Widerlag dem Heirathgut allzeit gleich sei, sondern es kann mehr oder minder hievor bedungen werden." In der Praxis des bayerischen Landrechts ist es eine bekannte Sache,

80) Das gesetzliche Recht auf die Widerlage entsteht durch die bloße constitutio dotis. Wenn also dem Ehemanne eine dos förmlich bestellt, von ihm aber die Einhebung derselben vernachlässigt worden ist, so steht gleich wohl der Ehefrau das Recht auf die Widerlage zu. — Lauterbach ad lib. XXIII. 3 Dig. §. 41. Nov. 91 c. 2.

daß die Ehefrau dem Ehemanne etwa einige hundert Gulden als Heirathgut bestellt und zur Widerlage dieser derselben sein ganzes Anwesen im Werthe von ebensoviel Tausenden ohne Werthsangabe verschreibt „anheirathet." Nach römischem Rechte kann die donatio propter nuptias die Größe der dos und des Zuwachses derselben niemals übersteigen: Nov. 22, cap. 20, Nov. 97 cap. 1 u. 2. Glück Pand. Comm. Bd. XXV. S. 293 u. ff. Die Eigenthümlichkeiten dieses „Anheirathens" sind weiter unten im Zusammenhange vorzutragen. Hier ist weiter zu unterscheiden der Fall, daß die Widerlage ein für allemal in bestimmter Summe paktirt wurde, und der Fall, daß die Widerlage in einem bestimmten Verhältnisse zur dos, z. B. in gleicher Größe mit derselben oder zu ²/₃ derselben paktirt worden ist. Im letzteren Falle wächst mit der Accrescenz der dos auch die Widerlage, während im ersten Falle, wenn kein bestimmtes Verhältniß gesetzt wurde, die Widerlage trotz des Zuwachses des Heirathgutes unveränderlich bleibt. c) Es sind keine förmlichen Ehepakten vorhanden. In diesem Falle kann auch von Heirathgut nicht, sondern nur von Paraphernen die Rede sein; es gebricht hier an der Voraussetzung der Widerlage, die ohne „wirklich eingebrachtes Heirathgut niemal bestehen kann." Hiemit stimmt auch die Aeußerung Kreittmayrs in den annot. ad h. l. Ziff. 3, 4 zusammen, wonach gemeine Leute nach Inhalt des §. 29 ihre pacta dotalia überhaupt, folglich auch die Widerlag niemals anders als *judicialiter* zu Stand bringen können (jetzt notariell). Die Siegelmäßigen bedürfen zwar nicht judicialiter, wohl aber anderweitig errichteter schriftlicher förmlicher Ehepakten, während seit der Wirksamkeit des Notariatsgesetzes Siegelmäßige ebenfalls notarielle Urkunden behufs der constitutio dotis errichten müssen, ohne welche von einer contrados keine Rede ist. Uebrigens ist einige Unklarheit bei Kreittmayr in dieser Materie nicht zu verkennen. Er sagt nämlich in den annot. Ziff. 3, 4 (zweitens am Ende): „Bei Widerlagen über 500 solidos erfordert zwar das römische Recht auch die gerichtliche Insinuation Nov. 137 cap. 2, welches aber unser Codex part. seq. 3 cap. 8 §. 8 Nr. 4 aufhebt und in diesem Stück die ältere Nov. 119 c. 1 erneuert, ausgenommen bei gemeinen Leuten, welche vi §phi seq. 29 ihre pacta dotalia überhaupt, folglich auch die Widerlag niemal anders als judicialiter

zum Stand bringen können." Von einer Ausnahme bei gemeinen Leuten hätte hier nicht geredet werden sollen. Denn es handelt sich gar nicht um Insinuation der donatio propter nuptias, weder bei gemeinen, noch bei siegelmäßigen oder zur Zeit der Kreittmayr'schen Interpretation vornehmern Leuten des Adel- und Bürgerstandes, da in p. III. cap. 8 §. 8 die Insinuation der donatio propter nuptias ganz allgemein aufgehoben ist, sondern lediglich darum, daß die Bestellung der Widerlage, mag sie nun kraft des Gesetzes eintreten, sobald durch pacta dotalia ein „gewisses und rechtes" Heirathgut constituirt worden ist, oder mag in förmlichen Ehepakten neben der Bestellung einer dos eine Widerlage ausdrücklich festgesetzt worden sein, immerhin förmliche, d. i. nach bayer. Landrechte gerichtliche oder siegelmäßig gefertigte Ehepakten zur Voraussetzung hat. Die Ausnahme betrifft also nicht die gemeinen Leute, sondern es ist nach der alleg. Regel die donatio propter nuptias als solche zwar durchweg von der Insinuation bei Gericht befreit, aber statt dieser Insinuation muß nach Kreittmayr die Fertigung einer öffentlichen oder dieser gleichstehenden, in siegelmäßiger Form errichteten Urkunde, und nach dem neuesten Gesetze nunmehr notarielle Fertigung eintreten, da seit dem Notariatsgesetze vom 10. Nov. 1861 Art. 150 das Vorrecht der Siegelmäßigkeit bezüglich der nicht streitigen Rechtspflege hinweggefallen ist, somit jedenfalls ein Heirathgut und in Consequenz hievon eine Widerlage nur dann denkbar erscheint, wenn notariell errichtete Ehepakten vorhanden sind.

Im römischen Rechte wird bestimmt, daß die donatio propter nuptias nicht nur von dem Ehemanne, sondern auch von jenen Personen bestellt werden müsse, welche der Tochter ein Heirathgut zu geben verbunden sein würden, [81]) und ist denn auch das bayer. Landrecht in §. 14 Ziff. 2, so weit wie das römische Recht gegangen, indem es vorschreibt: „wozu auch 2do nicht nur der Mann selbst, sondern, da er etwa nicht soviel in Vermögen hat, sein leiblicher Vater, Großvater oder Mutter, jedoch andergestalt nicht, als in der Maaß,

81) l. 7 Cod. 5, 12 de jure dotium sagt: Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem *vel ante nuptias donationem* pro sua dare progenie.

wie oben von dem Heirathgut verordnet worden, verbunden ist." Die Anmerkungen ad h. l. erklären die dos und contrados in dem Grade für correlata, daß sich von einem auf das andere in terminis habilibus wohl argumentiren lasse. Die Härte dieser dem römischen Rechte entnommenen Bestimmungen wird sich schwerlich in Abrede stellen lassen, da denn doch für die Verbindlichkeit zur Dotirung der Tochter viel andere Gründe sprechen, als für die Verbindlichkeit, der Schwiegertochter eine Widerlage zu geben, allein wir haben es mit dem geschriebenen Gesetze zu thun, dessen Geltung nicht beanstandet werden kann. [82])

Nach dem Landrecht l. c. Ziff. 5 „stehet der Ehefrau während der Ehe weder Eigenthum, noch Nutznießung oder Verwaltung hierauf zu, sofern nicht ein anderes ausdrücklich bedungen ist." Der Ehemann bleibt sonach Eigenthümer und Nutznießer, selbst in dem Falle, wenn er die Widerlage der Ehefrau tradirt haben und sie bereits bei fortdauernder Ehe sich in deren Besitz befinden sollte. Es wird diese possessio nach den annot. ad h. l. Ziff. 5, 6, mehr pro naturali als civili angesehen und die Tradition als eine solche betrachtet, die nicht animo transferendi dominium, sondern nur der mehrern Sicherheit wegen geschah. Indessen ist hier nicht, wie bei der dos die Uebergabe an die Frau nur auf bestimmte Fälle beschränkt, sondern per verba: „sofern nicht ein anderes ausdrücklich bedungen ist" freigestellt, durch Verträge schon bei dauernder Ehe die Widerlage an die Ehefrau gelangen zu lassen.

Die Sicherstellung der Widerlage hat der cod. jud. in cap. XX. §. 6 durch ein Hypothekrecht auf des Ehemanns Vermögen, als stillschweigendes Unterpfand, und zwar von dem Hochzeittage an versucht, jedoch ausdrücklich bestimmt, daß die Ehefrau um die Widerlage andern Gläubigern nicht vorgehe. An die Stelle dieses nicht mehr anwendbaren Pfandrechts ist nach der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 §. 23 Nr. 3 ein Vorzugsrecht in der IV. Classe getreten. Durch die Aufhebung der stillschweigenden Pfandrechte ist auch die Bestimmung in §. 26 Ziff. 7 des Landrechts, soweit sie die Widerlage betrifft, wesentlich alterirt worden. Es ist hier vorgeschrieben:

82) Zu vergleichen: Glück Pand. Comm. Bd. XXV. S. 295. Leyser spec. 305.

„So viel hiernächst 7mo des Mannes eigene Güter betrifft, welche der Ehefrau um die Widerlage, Wittibsitz oder andere heirathliche Sprüche und Forderungen verpfändet sind, solche mag er ohne ihre Bewilligung mit Giltigkeit gleichfalls nicht veräußern, sofern sie nicht in anderweg auf seinem übrigen Vermögen noch genugsam gesichert ist." Des Ehemanns Güter sind nach der neueren Gesetzgebung nicht mehr mit stillschweigendem Pfandrechte bestrickt, daher die Veräußerung nicht behindert. Hat der Ehemann durch den Ehevertrag bestimmte Grundstücke oder sein Anwesen zur Widerlage angewiesen, so kann ohne Einwilligung der Ehefrau weder die Veräußerung noch Verpfändung derselben stattfinden. Würde aber der Ehemann seine Güter ganz oder zum Theil für die Widerlage ausdrücklich verpfändet, entweder zum Faustpfande hingegeben oder Hypothek bestellt haben, dann wird das Veräußerungsverbot durch das jus pignoris et hypothecae der Ehefrau bedingt, ohne welches ihre Rechte immer gefährdet sein können.

Bei drohender Gefahr der Dilapidation des eheherrlichen Vermögens stehen nach Inhalt des §. 25 des Landrechts a. a. O. alle dort gebotenen und oben bereits umständlich beschriebenen Sicherungsmittel auch wegen der Widerlage der Ehefrau zu Gebote, da die Widerlage zu jenen „heirathlichen Sprüchen" zählt, mit deren Rettung und Sicherstellung sich das Gesetz a. a. O. beschäftigt.

In den Bl. f. R.-A. Bd. X. S. 9 wird behauptet, daß jene Bestimmungen, welche das gemeine Recht für den Fall der Verarmung des Ehemanns aufstelle, für die bayerische Widerlage nicht gelte und hiebei Bezug auf G.-O. cap. XX. §. 16 Nr. 6 genommen. Diese Stelle lautet: „Dahingegen soll derselben (der Ehefrau) weder auf den zu Geld angeschlagenen und dem Ehemanne kaufsweise zugebrachten Mobilien noch auf der Morgengab oder Widerlag und Wittibsitz, dann dem Mahl- oder Brautschatz, zu Latein arrha sponsalitia, es seie dieses gleich in natura vorhanden oder nicht, das jus separationis zustehen, sondern es liegt ihr hierinfalls ob, sich mit in andern Gläubigern in Conkurs einzulassen." Hier ist lediglich der Fall des Conkurses, keineswegs aber der der Dilapidation oder der sonstigen Vermögensabnahme vorgesehen. Während im Falle der Conkurrenz mit Gläubigern die Ehefrau wegen der Widerlage kein

Vorzugsrecht haben soll, G.=O. cap. XX. §. 6 tertio, soll ihr im Falle der Verarmung des Ehemanns oder dessen Vermögensverschwendung jener Schutz zur Seite stehen, welchen das Landr. Th. I. cap. VI. §. 25 verleiht.

Während der Dauer der Ehe können also klagsweise Ansprüche wegen der Widerlage im Falle des §. 25 des Landrechts, des Conkurses, sowie in dem Falle vorkommen, daß der Ehemann, die zur Widerlage per pacta designirten Güter veräußert hat. Alle diese Fälle sind bereits besprochen. Nach aufgelöster Ehe unterscheidet B. Kreittmayr in den annot. zu §. 14 Ziff. 5 u. 6 zunächst, ob die Ehefrau mit dem Heirathgute bereits gesichert stehe oder nicht. Ist die Ehefrau wegen des Heirathguts in Sicherheit, wird weiter unterschieden, ob die Ehe durch den Tod oder anderweitig aufgelöst worden sei. Trat der Tod des Ehemanns ein, so gelangt nach Inhalt der §§. 36 Nr. 7 und 38 Nr. 3 an die Ehefrau der lebenslängliche Nutzgenuß der Widerlage, während das Eigenthum — falls nicht Verträge dieses Verhältniß modifizirt haben — den Erben des Ehemannes vorbehalten bleibt. Für den Fall des Vorabsterbens der Ehefrau verbleibt die Widerlage dem Ehemanne. Die anderweitigen in §§. 43 u. 44 berührten Fälle (Scheidung und Nichtigkeitserklärung der Ehe) werden zweckmäßig zur Vermeidung von Wiederholungen bei den betreffenden Kapiteln besprochen. Wenn aber, und das ist der zweite von Kreittmayr unterschiedene Hauptfall, die Ehefrau „mit dem Heirathgut in Verlust steht", dann soll sie nach der auth. permissa cod. don. ante vel post nuptias 5, 3, lautend: permissa est et in rem actio pro tali donatione mulieri adversus omnes possessores „zu Hilf in *casu periculi*" vindiziren können. [83])

---

83) B. Schmid ad edict. proc. tit. 2 art. 14 Nr. 7 sagt: Es sei zu unterscheiden zwischen jener donatio propter nuptias, welche der Ehefrau ad lucrum dienen solle und der ad securitatem assignirten. Hinsichtlich der erstgedachten stehe der Ehefrau kein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern zu, hinsichtlich der letzteren genieße die contrados sowohl in genere als in specie constituta, falls nämlich die dos verloren gegangen, alle Vorrechte der dos selbst. Man denke sich den Fall, daß ein fundus dotalis verloren gegangen, zur Widerlage ebenfalls ein fundus bestimmt worden ist. Hier soll die rei vindicatio für die Widerlage statt haben. Wenn aber

Aus Landr. Th. I. cap. VI. §. 47 und in not. Nr. 1 ist viertens hervorzuheben, daß der Nießbrauch der Widerlage für die Ehefrau durch allenfallsige Wiederverheirathung nicht verloren gehe. [84])

Was mit der Widerlage in Todfällen geschehe, wurde zwar schon berührt; es wird jedoch bei dem Kapitel von der Succession der Ehegatten wiederholt und umständlicher hievon gesprochen werden.

Der Plenarbeschluß des obersten Gerichtshofes vom 22. Apr. 1843 (Reggsblatt S. 351—55) bestimmt zur Vermeidung ungleichförmiger Erkenntnisse was folgt: „Nach bayerischem Landrechte gebührt der Ehefrau, insoferne nicht ein anderes ausdrücklich bedungen worden, nach dem Tode ihres Ehemanns aus der Conkursmasse desselben neben dem Heirathgute auch noch der lebenslängliche Nießbrauch der Widerlage." Diese Entscheidung harmonirt vollständig mit den gegebenen Erörterungen und wird zur Zurückweisung gegentheiliger

---

die dos zuerst in Geld bestellt worden und die Widerlage entgegen auf eine bestimmte Sache, z. B. einen fundus oder auf sämmtliches Vermögen des Ehemannes angewiesen worden ist, dann soll, falls die dos zu Verlust ging, nicht die rei vindicatio, sondern tacita hypotheca *cum praelatione juris* zustehen, damit in allen Fällen, was prinzipiell zu beachten sei, die Frau an der dos nicht geschädigt werde. Diese Aeußerung B. Schmids harmonirt nun allerdings mit jener gemeinrechtlichen Theorie von Brunnemann zu der oben alleg. authentica und Lauterbach diss. de donat. propter nuptias §. 58 aufgestellt, auf welche Kreittmayr sich beruft, sie ist aber nicht in Einklang zu bringen mit der Bestimmung in G.-O. cap. XX. §. 16 Nr. 6, wonach wegen der Widerlage der Ehefrau kein Separationsrecht eingeräumt wird. Wir können hienach auch der von Kreittmayr in den annot. gemachten Unterscheidung, ob das Heirathgut in salvo sei oder nicht, keine praktische Bedeutung beimessen, da die vorkommenden Fälle ohne diese Unterscheidung beurtheilt werden können und müssen.

84) Von Wichtigkeit ist die Bemerkung Kreittmayrs in den annot. ad h. l. Nr. 6 drittens, daß ein pactum de lucranda donatione auch als tacitum vorkommen könne. Falls nämlich der Ehemann sich einen bestimmten Theil der dos oder die ganze dos per pacta nach dem Tode der Ehefrau eigenthümlich zu behalten ausbedang, so soll ipso jure auch ohne ausdrückliche Meldung das gleiche Quantum der Widerlage der Ehefrau eigenthümlich zufallen, sie also nicht bloß den Nießbrauch, sondern Eigenthum erhalten und somit ein lucrum machen. Es ist der im römischen Rechte adoptirte Grundsatz der „omnimoda aequalitas" zwischen dos und donatio propter nuptias, der hier zur Anwendung kommt. Zu diesem lucrum soll denn auch die bloße constitutio dotis nicht genügen, sondern in consequenter Verfolgung des eben angegebenen Prinzips die wirkliche Illation vorausgesetzt werden müssen, vom Falle der mora accipiendi des Ehemanns abgesehen — annot. l. c.

Auffassung u. A. in den Motiven bemerkt: „Von einem reinen Gewinne der Ehefrau zum Nachtheile der Gläubiger, die nur Schaden von sich abwenden wollen, — oder von einer Zuwendung durch Handlungen der Freigebigkeit kann hiebei, um die gesetzlichen Ansprüche der Frau auf jenen Nießbrauch zu beseitigen, nicht die Rede sein, weil das Einbringen der Brautgabe als Grundbedingniß für eine Widerlage, die sich alsdann von selbst bewerkstelliget, die Verpflichtungen des Mannes in Bezug auf die letztere in den Betracht einer Gegenleistung stellt — weil ferner auch dem Manne nach aufgelöster Ehe der lebenslängliche Nutzgenuß des Heirathsguts zustehet, jene Vorschrift des Landrechts dagegen als einfache Consequenz des Prinzips der Reciprocität erscheint, welches den Wechselbeziehungen der dos und donatio propter nuptias in Absicht der ehelichen Vermögensverhältnisse zur Grundlage dient." Daß die Widerlage nicht bloß alternative oder subsidiär gefordert werde, ist auch hier bemerklich gemacht.

§. 23. Das Witthum oder der Wittibsitz.

Das bayerische Landrecht hat in Th. I. cap. VI. §. 15 unter dem Marginale: Von dem Wittibsitz, ein rein deutschrechtliches Institut in das Güterrecht der Ehegatten hereingetragen, welches von den frühern Landesstatuten, insbesondere dem Landrechte von 1616, noch völlig unberücksichtigt geblieben war. B. Kreittmayr versichert uns in den Anmerkungen ad h. l. Ziff. 1 am Ende: „der bisherige Landsgebrauch hat a potiori in deme bestanden, was unser Codex in gegenwärtigem paragrapho nunmehr deutlich und ausführlich verordnet." Wir haben also hier eine dankenswerthe Ueberlieferung alter Gewohnheit, welche im neuern Landrechte durch schriftliche Redaktion der Zukunft aufbewahrt und angesichts der ziemlich umständlichen und vollständigen Behandlung auch dem Zweifel entrückt worden ist. Zu Kreittmayrs Zeiten hatte die Doktrin bereits sich die richtige Ansicht von der Natur des Witthums klar gemacht, während erst später sie wieder manchfache Verdunkelung erlitt; insbesondere war schon damals wie aus der Ausführung Leysers, spec. 317, hervorgeht, die Unterscheidung des W. von der römischen donatio propter nuptias zum Bewußtsein gelangt.

Den Bestimmungen des Landrechts folgend ist Nachstehendes hervorzuheben:

1) Der Wittibsitz wird von Kreittmayr auch Leibgeding, dotalitium vel vidualitium, genannt. Diese Bezeichnung berechtigt aber in keiner Weise etwa die Grundsätze des sächsischen Rechts über das Leibgeding, oder die Theorie jener Lehrer auf den Wittibsitz anzuwenden, welche dotalitium und contrados vermengen. Es sind vielmehr lediglich die genau normirten, dem Gewohnheitsrechte entnommenen Sätze des codex selbst im Auge zu behalten. Hienach ist das Witthum ein Theil des eheherrlichen Vermögens, dessen Nutzgenuß nach des Eheherrn Tode der Wittwe zusteht und zwar lediglich der adelig geborenen Wittwe ex lege, der unadeligen oder doch nicht adelig geborenen nicht anders als mittelst Vertrages eingeräumt werden kann. [85])

2) Nach bayer. Landrecht soll es gleichgiltig sein, ob die Ehefrau eine dotata oder indotata war, falls sie nur entweder adelig geboren ist, oder in den Ehepakten sich einen Wittibsitz stipulirt hat. Hierin liegt sofort ein wesentlicher Unterschied des Witthums von der Widerlage, welch letztere, wie bereits gezeigt, ohne dos nicht bestehen kann.

3) Das Maß des Wittibsitzes soll bei vorliegendem Paktum hierüber — abgesehen von der Verletzung von Kindesrechten und gesetzlicher Nothgebührniß, wovon in den Kapiteln über Erbfolge und die Strafen der zweiten Ehe zu reden ist — keiner Beschränkung unterliegen, vgl. annot. Ziff. 6. Bei Ermanglung von Eheverträgen adeliger Eheperſonen, und in dem Falle, wenn nicht adelige Eheleute

85) Nach B. Kreittmayr soll die adelig geborene Ehefrau, welche einen Nichtadeligen geheirathet hat, keinen Anspruch auf den Wittibsitz haben, weil sie alle Prärogative des Adels verloren habe — annot. ad h. l. Ziff. 4 am Ende. Der codex enthält hierüber nichts, allein da Kreittmayr uns versichert, daß er lediglich die Observanz codifizirt habe, so müssen wir wohl auch der bezüglichen Bemerkung insoweit Glauben und Folge geben, daß wir sie für eine dem Gewohnheitsrechte entsprechende halten und beachten. Ueberdieß enthält die ganze Vorschrift vom nicht paktirten Wittibsitz eine so bevorzugte Rechtsstellung der adeligen Frauen, daß man zur ausdehnenden Erklärung minder geneigt sein muß. Endlich zeigt sich die beschränkende Intention des Gesetzgebers auch schon daraus, daß die per diploma principis adelig gewordene, oder an einen Adeligen verheirathete, nicht adeligem Geschlechte entstammte Ehefrau ausgeschlossen wurde.

einen Wittibsitz zwar paktirt, aber das Quantum desselben in dubio gelassen haben, ist durch richterliche Arbitrirung die nöthige Festsetzung zu machen. Man könnte hier die Frage aufwerfen, ob es zulässig sei, in Ehepakten Nichtadeliger zwar zu stipuliren, daß ein Wittibsitz gewährt werde, aber hiebei dessen Größe unberührt zu lassen. Wir glauben diese Frage bejahen zu müssen, da die Gesetzesworte dem Nichtadeligen es nicht auflegen, sich über das Quantum sofort zu äußern, vielmehr sehr tristige Gründe dafür bestehen können, das Ausmaß späterer Zeit und dem richterlichen arbitrium vorzubehalten. Der Richter soll sich nach der Vorschrift des cod. Ziff. 3 hiebei theils von dem üblichen Herkommen, theils von dem Stande, theils von der „Verlassenschaft", d. i. der Größe des Aktivvermögens des Rücklasses, theils von der Anzahl der Kinder des verstorbenen Mannes bestimmen lassen und ex aequo et bono verfahren. Hinsichtlich der Observanz, über welche Kreittmayr berichtet, daß man einer verwittibten „Dame" hier zu Lande mit Ausschluß der Wohnung 1500 fl. in maximo und 300 fl. gebe, wenn der Wittibsitz ein geringer sei, ist Folgendes zu bemerken: Nach dem inzwischen liegenden Sinken des Geldwerthes verbunden mit gesteigertem Lebensbedarfe kann diese Bemessung nicht mehr für passend erachtet werden. Wenn jetzt ein Heirathsgut von 1000 Kronthalern noch nicht so viel zu bedeuten hat, als gegen Ende des vorigen Jahrhunderts ein solches von Einem Hundert, so wird wohl auch jetzt ein ganz anderer Maßstab für die Größe des Wittibsitzes angenommen werden müssen, als der damalige. Das standesmäßige Leben in Vergleich mit den Mitteln des Rücklasses und dem Bedarfe für die Kinder wird jetzt die passende Norm geben, wie denn auch der codex dem Ermessen nach aequum et bonum volle Freiheit gelassen hat.

4) Wegen der Conkurrenz von Widerlage und Wittibsitz in ein und derselben Ehe wird in Ziff. 4 und 5 des Codex §. 15 Folgendes bestimmt: durch förmliche Ehepakten können beide konkurrirend bedungen werden. Liegt aber ein solches Geding vor, dann soll gleichwohl der Wittibsitz nur als debitum simplex gelten, während bloß die Widerlage nach G.-O. cap. XX. §. 6 Nr. 3 mit einem stillschweigenden Pfandrecht versehen ist. Die Prioritätsordnung von 1822 hat diesen Gedanken gleichfalls adoptirt und der Ehefrau ein Vor-

zugsrecht in der IV. Classe wegen des Wittibsitzes in dem Falle gegeben, wenn dieser statt derselben bedungen ist. Auch nach der Prioritätsordnung kann für den neben der Widerlage bedungenen Wittibsitz sonach nur die Wirkung einer Currentforderung beansprucht werden, während der Widerlage in diesem Falle das Vorzugsrecht in der IV. Classe zusteht. Ist aber ein spezielles Geding wegen des Wittibsitzes nicht vorhanden, die adelig Geborene hat aber ihrem Ehemanne ein Heirathgut zugebracht, so daß ihr hieraus ein Recht auf Widerlage zustehen würde, so stehet ihr das jus optionis zu. Sie kann sich dann für Wittibsitz oder Widerlage alternative entscheiden.

5) Gegenstand des Wittibsitzes kann jede Sache und Sachengesammtheit sein, welche sich zum ususfructus eignet, da eben in der Nutznießung das Recht bestehen soll.

Nach cod. civ. p. II. cap. IX. §. 3 hat der ususfructus „in allen Dingen, sofern sie nur in patrimonio et commercio humano sind, ja sogar in sämmtlichem Vermögen, jedoch niemals anders als deducto aere alieno und wo Notherben vorhanden sind, salva legitima statt.“ Derselbe Gesetzesparagraph fügt aber sub tertio eine Bestimmung bei, von welcher bei der Erörterung über die Succession der Ehegatten ex testamento die Rede zu sein hat. Nach den Anmerkungen zu p. I. cap. VI. §. 15 Ziff. 8 finden alle Bestimmungen über den usus fructus auf die Nutznießerin des Wittibsitzes Anwendung, insbesondere auch die Cautionspflicht wie dieselbe in p. II. cap. IX. §. 6 geordnet ist. Kreittmayr bemerkt jedoch zu dem letztallegirten Paragraph in den annot. Ziff. 2 siebentens: „Die Ehefrau und resp. Mutter ist 7mo in deme, was ihr nutznießlich zukommt, zwar de jure sowenig als andere von der Caution dispensirt, doch pflegt man es von ihr ohne sonderbar erheblicher Ursach und wo keine Gefahr anscheint, nicht leicht zu begehren, weil sie gemeiniglich mit Kindern oder nahen Anverwandten zu thun hat, bei welchen die Sach nicht nach dem rigor der Rechten, sondern freundschaftlich ausgemacht wird.“ Da die Ausnahmsfälle, in welchen der Usufruktuar cautionsfrei sein soll, genau gesetzlich bestimmt sind, so kann der letzterwähnten Stelle der Anmerkungen keine Kraft beigemessen werden, wenn dieselben von der Usufruktuarin Seitens der Berechtigten gleichwohl Cautionsstellung fordern. Hinsichtlich aller übrigen De-

tailbestimmungen ist auf das alleg. Kapitel über den ususfructus zu verweisen.

6) Ganz entsprechend den Bestimmungen in p. II. cap. IX. §. 4. Ziff. 4 wird in unserem §. 15 Ziff. 6 verordnet: „Nimmt das Leibgeding (Wittibsitz) erst von dem Tod des Ehemanns seinen Anfang und wird der Ehefrauen sammt denen fructibus naturalibus tempore mortis pendentibus gegen Abzug deren pro cura et cultura verwendeter Kösten zu lebenslänglicher Nutzung alsofort eingeräumt, fructus civiles aber werden soviel das Sterbjahr betrifft, zwischen ihr und des Manns Erben pro rata getheilt, welches hingegen auch auf Absterben der Wittib zwischen ihren und des Manns Erben also beobachtet wird.“ Vgl. hiemit auch p. II. cap. IX. §. 7 und die annot. ad h. l. Ziff. 2. Während der Ehe haben die zur Sicherung des Frauenguts in p. I. cap. VI. §. 25 (s. oben §. 15) getroffenen Maßregeln gegebenen Falls Anwendung zu finden. Wenn also durch die liederliche Wirthschaft des Ehemanns das zum Wittibsitz bestimmte Gut bedroht ist, so kann die in §. 25 cit. zugelassene Verwaltung gefordert werden, während die Giltigkeit der Veräußerung des zum Wittwensitze bestimmten Gutes trotz der Vorschrift in §. 26 Ziff. 7 nicht angefochten werden kann, wenn sich die Ehefrau ihren Wittibsitz nicht durch Hypothekbestellung hat sichern lassen. Vgl. die Erörterung oben §. 15.

7) Dem Gesetzestexte unter 7mo, welcher die Erlöschung des Wittibsitzes behandelt, ist wenig beizusetzen. Tod der Wittwe, weitere Verehelichung, liederliches und unzüchtiges Leben während des Wittwenstandes, von der Ehefrau verschuldete Ehescheidung, schwere, „malefizische“ Verbrechen, merklicher und schuldhafter Abschleif oder völliger Untergang des zum Nutzgenusse bestimmten Gutes, 10jährige Verjährung inter praesentes und 20jährige inter absentes sind die Erlöschungsgründe.[86]) Selbstverständlich ist nach dem Angegebenen, daß ein einmal erloschener Wittibsitz nicht etwa nach einer vollendeten späteren Ehe reviviscire, daß die Bemessung, ob ein liederliches und unzüchtiges Leben vorliege, dem richterlichen arbitrium anheimgestellt

86) Man vergl. hiemit die Erlöschungsgründe der Nutznießung in p. II. cap. IX. §. 8 Ziff. 1, 2, 6 und 7.

sei. Was man nunmehr unter schweren malefizischen Verbrechen verstehe, sucht Kreittmayr in den annot. ad h. l. Ziff. 9 dadurch zu erläutern, daß er crimen laesae vel uxoricidii hervorhebt. Bei dem ganz allgemeinen Ausdruck des Gesetzes und da auch die annot. nur exemplikative die beiden genannten Verbrechen hervorheben, ist auf den Criminalcodex von 1751 zu rekurriren. Dieser zählt in cap. I. §. 2 zu den geringen Verbrechen die mit Gefängniß-, Geld-, Schand- u. dgl. leichteren Strafen belegten, zu den schwereren die, welche eine Leibes- oder Lebensstrafe, also die schwersten Strafarten, nach sich ziehen. Dem Charakter der schweren, malefizischen Verbrechen kann heutzutage lediglich die lebenslängliche Zuchthausstrafe oder Todesstrafe entsprechend erachtet werden. Würde eine solche Strafe verhängt, jedoch Begnadigung erfolgt sein, so müßte gleichwohl als rechtliche Folge civilrechtlicher Natur, welche durch Begnadigung nicht getilgt werden kann, die Bestimmung des §. 15 zur Anwendung kommen.[87])

8) Der Eintritt in den geistlichen Stand oder in ein Kloster soll das Recht auf den Genuß des Wittibsitzes nicht benehmen, mit Ausnahme jedoch des Eintritts in einen Bettelorden, weil hier der Besitz von Eigenthum unzulässig ist. Jede erläuternde Bemerkung bezüglich des Inhalts der Ziffern 9 u. 10 des cod. civ. l. c., welche besagen, daß der Wittibsitz nicht doppelt, d. i. von einem dritten Paciscenten und resp. Constituenten und vom Ehemanne zugleich begehrt werden kann, und daß Voraussetzung desselben in allen Fällen eine wirkliche und rechtsbeständige Ehe sei, dürfte überflüssig sein.

§. 24. Die Morgengabe.

Das bayer. Landrecht hat dieses Institut deutscher Abstammung ziemlich umständlich im Rechtsbuch von 1346 in 13 Paragraphen erörtert.[88]) Im Landrecht von 1616 Tit. I. art. 1, dann in Tit. II.

87) Der Wittibsitz, obgleich von Kreittmayr als dotalitium bezeichnet, hat nichts mit dem sächsischrechtlichen Leibgeding gemein, bei welchem Aufzehrung des Heirathguts durch die Leibrente nach dem Satze: Leibgut schwindet Hauptgut stattfindet; Kreittmayr sieht sich veranlaßt, die Nichtanwendbarkeit dieser Parömie besonders hervorzuheben.

88) S. Heumann opusc. S. 86—88.

ist ebenfalls die Morgengabe behandelt und im Landrecht von 1756 hat sie in cap. VI. §. 16 des I. Theils ihre Stelle gefunden. In sämmtlichen drei Gesetzen wurden jedoch wesentlich verschiedene Detailbestimmungen getroffen. Der Begriff blieb immer derselbe. Man versteht unter Morgengabe „jenes Geschenk, mit welchem die Braut in Ansehen ihres jungfräulichen Stands entweder von dem Bräutigam selbst oder von anderen in der nämlichen Absicht beehrt wird.“ Voraussetzung ist immer, daß die Braut in jungfräulichem Stande in die Ehe trat; eben deßhalb hat weder die Wittwe, noch die prius corrupta Anspruch auf dieselbe. 89) V. Schmid behandelt l. c. Nr. 18 und ad tit. I. art. 3 Nr. 8 den Fall, wenn eine Wittwe, welche zur zweiten Ehe schritt, in den Ehepakten sich eine Morgengabe bedang, stellt die Frage, ob diese der Privilegien theilhaftig sei, welche der Morgengabe zustehen und verneint dieselbe mit Rücksicht auf die Voraussetzung der Jungfräulichkeit zur Zeit der Hochzeit. Auch das neuere Landrecht hat in §. 16 Ziff. 4 sich dieser Ansicht angeschlossen. 90)

Eine wichtige Folge aus diesem Begriffe ist, daß die Morgengabe nicht als titulo lucrativo, sondern oneroso erlangt erscheint, „um die hochsten ere, die ir got ie gab“ bayer. Rechtbuch l. c. cod. civ. p. I. cap. VI. §. 47 in not. In Anwendung dieses Satzes erscheint sie als ein titulus ad transferendum dominium habilis, cod. civ. p. II. cap. III. §. 7 in not. Nr. 3 lit. a.

Die Constituirung der Morgengabe kann auf dreifache Weise geschehen, nämlich a) durch Tradition. Es bedarf hier keiner förmlichen Ehepakten, sondern die bloße Uebergabe eines Gegenstands mit der Zweckbestimmung, daß er als Morgengabe dienen soll, genügt, Ldr. l. c. Ziff. 2. b) Eine weitere Bestellungsart ist die per pactum sine traditione. Tradition und Paktum können sowohl vor als nach der Copulation geschehen. Diese und nicht der Vollzug des Beischlafes ist der entscheidende Zeitpunkt hinsichtlich des Anspruches auf Morgenbabe. c) Die Constituirung findet endlich statt ex lege, falls nämlich weder Tradition noch Geding in Mitte liegen.

89) V. Schmid ad tit. l. art. I. Nr. 17. Kreittmayr annot. ad cit. §. 16 Ziff. 2.

90) Ein Beweis der Jungfrauschaft wird deßhalb nicht begehrt, weil der status virginitatis präsumirt und dessen mutatio erst auf Widerspruch vom Contradizenten bewiesen werden müßte — annot. ad §. 16 Ziff. 2.

Die Constituirung durch Tradition ist durch einen Vorzug ausgezeichnet. Sie gewährt nämlich im Falle des Conkurses über das Vermögen des Ehemanns die Berechtigung, das Separationsrecht in Anspruch zu nehmen. Schon das Landrecht von 1616 Tit. 2 Art. 1 schreibt vor: „Wäre aber der Frauen ein sonderbares Guet zur Morgengab aigenthumblich übergeben und dieselbe nit nur darauf verschrieben worden, so hat sie auf deß Manns Absterben solch Guet hindan zunemmen und als ihr aigen Guet, doch den ältern Glaubigern, die von Rechts wegen den Vorgang haben, ohne Schaden, inhändig zu behalten.“ Die Prioritätsordnung §. 3 Ziff. 4 gibt ein Separationsrecht „in Ansehung desjenigen, was der Ehefrau eigenthümlich zusteht.“ Nach der ganz unzweideutigen Bestimmung des cod. civ. daß die Ehefrau durch Uebergabe der Morgengabe das Eigenthum hieran erlange §. 16 secundo u. annot. ad h. l. Ziff. 5 kann nicht der leiseste Zweifel darüber obwalten, daß durch Tradition das Eigenthum der Morgengabe auf die Ehefrau übergehe.[91]) Ist aber Tradition der res morgenatica nicht erfolgt, d. h. fand wohl ein pactum statt, aber ohne nachfolgende Uebergabe oder wird bloß ex lege die Morgengabe begehrt, in diesen beiden Fällen entsteht nur ein persönlicher Anspruch, der im Falle des Conkurses nach §. 23 der Pr.-O. Ziff. 3 zu loziren ist. Man darf sich hiebei nicht im Mindesten dadurch beirren lassen, daß in §. 23 Ziff. 3 cit. Heirathgut, Morgengabe, Widerlage, Wittibsitz erwähnt sind; Eingangs dieses §. 23 ist ausdrücklich bemerkt, daß alle Bestimmungen nur für den Fall gelten sollen, wenn den Gläubigern ein Separationsrecht oder

91) Mit Unrecht wird daher von Lehner Lehrbuch des bayer. Hyp. R. und der Prior. Ordn. Bd. II. S. 24 gelehrt, daß den Ehefrauen in Ansehung der Morgengabe, der Widerlage, des Wittibsitzes und des Brautschatzes (?), wenn jene Sachen auch in der Natur vorhanden sind, das Separationsrecht nicht zukomme, weil ihnen an diesen Sachen das Eigenthum nicht zustehe. Mit Unrecht sind Morgengabe, Widerlage, Wittibsitz und Brautschatz in einen Topf zusammengeworfen und ebenso mit Unrecht hiefür Bezug auf cod. civ. Th. I. cap. VI. §. 14—17 genommen, wo hinsichtlich der Morgengabe und des Mahlschatzes gerade die gegentheilige Bestimmung ganz ausdrücklich gemacht ist. Unter Brautschatz wird übrigens von den Lehrern des gemeinen Rechts nicht der Mahlschatz (arrha sponsalitia), sondern die dos verstanden, welche gewiß noch weniger gemeint sein konnte.

sonstiges Vorzugsrecht nicht zustünde. Dem gesetzlich eingeräumten Eigenthumsrechte wollte, wie sich hieraus mit Evidenz ergibt, nichts an seinen Vorzügen benommen werden. Wird die Morgengabe der Ehefrau evinzirt, so soll sie des onerosen Erwerbs wegen Gewährschaft fordern dürfen. [92])

Nach Landr. Th. I. cap. VI. §. 23 Ziff. 3 wird die Morgengabe während der Dauer der Ehe für ein Paraphernum erachtet, so, daß hiedurch selbstverständlich dem Ehemanne das Recht der Verwaltung und Nutznießung hieran eingeräumt erscheint.

Die Frage, ob die Erben der Ehefrau auch dann die Morgengabe ansprechen, resp. richterliche Feststellung des betreffenden Quantums begehren können, wenn bei Lebzeiten der Ehefrau weder eine solche durch Tradition eingeräumt, noch bedungen, noch von derselben der Antrag auf richterliche Feststellung gemacht worden ist, wird von B. Schmid ad tit. I. art. 3 Nr. 6 verneint. Nachdem er der Gewohnheit Erwähnung gethan hat, daß den Ehepakten die Clausel inserirt werde: Die Morgengabe solle, falls die Ehefrau bei Lebzeiten nicht darüber disponirt habe, „zu dem Stammen widerumb haimbgehen, wo sie herkommen" fährt er fort: „aliud est dicendum de casu, quo nulla morgenatica fuit constituta aut in stipulationem deducta, tunc enim uxori nunquam fuit orta obligatio, ergo etiam nullam potuit ad heredes transmittere. Nec obstat, quod ex art. 1 morgenatica etiam post contractum matrimonium juxta art. 1 constitui et a judice ordinario determinari possit: nam si mulier constitutionem et determinationem morgenaticae tempore constantis matrimonii petere intermisit, censetur juri suo renunciasse et virginitatem suam tanquam pretiosissimum ornamentum, ut antiqua statuta bavarica loquuntur, a deo sibi datum marito gratis concessisse et donasse, ut proinde pro pretio virginitatis heredibus nulla actio prodita esse videatur." Man vgl. hiemit die Vorschrift des Sachsenspiegels B. III. Art. 38 §. 3: „Musdele und morgengave ne erft nen wif bi ires mannes live." Die Frau vererbt bei des Mannes Leben

---

92) Landrecht von 1616 Tit. II. Art. 1 per verba „Beschehe ihr aber daran Bruch, soll sie den Abgang bei anderen ihres Mannes Gütern, wie recht ist, zusuchen haben." B. Schmid ad h. l. Nr. 9. Kreittmayr annot. ad §. 16 Ziff. 5.

die Morgengabe nicht.[93]) Im Landrecht von 1756 muß zur Beantwortung obiger Frage auf die Bestimmungen in Th. I. cap. VI. §§. 35—38 incl. verwiesen werden, welche mit Ausschluß aller andern Gesetze die Nachfolge in den Rücklaß der Ehegatten regeln und bei welchen betreffenden Orts auch von der Morgengabe die Rede sein wird.

Ist die Morgengabe weder durch Tradition noch durch Vertrag bestimmt, gleichwohl aber ein Anspruch auf dieselbe gesetzlich begründet, so soll nach Ldr. l. c. §. 16 Ziff. 3 „solche auf Instanz des interessirten Theils von der Obrigkeit ausgesprochen und das Quantum theils nach dem Gebrauch, theils nach dem Vermögen des Ehemanns, jedoch niemal über den dritten Theil des bedungenen oder sofern kein pactum desfalls vorhanden ist, pro qualitate personarum gewöhnlichen Heirathguts bestimmt werden." Als Maximum der vom Richter festzusetzenden Summe wird hier der dritte Theil des Heirathguts, gleichviel ob bedungenen oder doch für angemessen zu haltenden Heirathguts gesetzt. Es kömmt also insbesondere nicht darauf an, ob die Ehefrau auch ein Heirathgut zubrachte oder nicht, da gleichwohl der Anspruch auf Morgengabe besteht. **B. Schmid ad tit. I art. 1 Nr. 16 annot. ad h. l. Ziff. 4.**

§. 25. Der Mahlschatz (arrha sponsalitia) und die Brautgeschenke (largitas sponsalitia).

Mahlschatz heißt das Zeichen oder Pfand der Verlobung unter Brautleuten; der Ring ist der gewöhnliche Gegenstand, doch kann Alles was in commercio ist als solcher gegeben, d. i. sofort tradirt

93) Die gegentheilige Behauptung von Phillips d. Pr.-R. Bd. II. S. 32 Not. 7 (II. Aufl.) kann nicht für begründet erachtet werden. Denn Mevius in seinen commentariis ad jus lubecense pag. 181, auf welchen sich Phillips beruft, sagt bloß, daß eine bereits vom Ehemanne zugesagte Morgengabe, keineswegs aber auch eine solche ohne vorgängige Stipulation von den Erben der Ehefrau gefordert werden könne. Die alleg. Stelle lautet: Non minus existimo eam ab heredibus uxoris ante maritum defunctae peti posse, si promissio manifesta sit. Si nihil promissum reperitur, non ex eo solo, quod dari usitatum est, aut certa aestimatio statuto praescripta fuit debetur aut peti potest: donatio quippe est, quae proficiscitur ex voluntate dantis, non vero ex juris necessitate: sicut in Dicasterio illustri Wolgastano pronuntiatum reperi.

oder versprochen werden, um anzuzeigen, daß die Verlobung stattgefunden habe und um als Zeichen und Beweis derselben zu dienen. Derselbe unterscheidet sich von der sponsalitia largitas, d. i. den Geschenken unter Verlobten dadurch, daß diese letzteren in Hoffnung auf die künftige Ehe und zu dem Zwecke gegeben werden, um Liebe und Wohlwollen zu erwecken, der erstgedachte aber zum Beweise und Kennzeichen der geschehenen Verlobung.[94]) Aus dem Angegebenen erhellt, daß es sich um ein vor Vollzug der Ehe gegebenes Geschenk handelt. Die Bestimmungen des cod. civ. p. I. cap. VI. §. 17 geben keinem Zweifel Raum. Dieselben sind abgesehen von der bereits erörterten Begriffsbestimmung in Folgendem zusammengefaßt: Der Mahlschatz (die arrha sponsalitia) kann vom Bräutigam der Braut und umgekehrt gegeben werden; die Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation der in demselben enthaltenen Schenkung ist gesetzlich beseitigt. Wird er sofort tradirt, so entsteht Eigenthum auf Seite des Empfängers, während der Ehe ist nach §. 23 Ziff. 3 der Mahlschatz der Braut als Paraphernalgut zu betrachten, mit allen sich hieraus ergebenden Consequenzen. Nach deren Auflösung und im Falle des Conkurses macht sich der Unterschied geltend, ob Tradition des Mahlschatzes an die Braut erfolgt oder bloß durch Versprechen desselben eine persönliche Obligation auf dessen Erlangung begründet worden sei. Ersten Falls entsteht das aus dem Eigenthum fließende Separationsrecht, letzteren Falls ein Forderungsrecht mit Vorzug in der 4ten Prioritätsklasse. Vgl. Prior.-Ordnung §. 23 Ziff. 3. Erfolgte die Ehe gar nicht oder wurde die erfolgte für null erklärt, so muß er in natura vel pretio restituirt werden; ist aber die Ehe aus Verschulden Eines Theils unterblieben, so bekommt der schuldige Ehetheil den gegebenen Mahlschatz nicht zurück und verliert den erhaltenen.

Die Geschenke zum Merkmale der gegenseitigen Liebe, zuweilen auch zur Erweckung und Erhaltung derselben, welche unter Brautpersonen allenthalben Sitte waren und sind, nennt man Brautgeschenke, ebenso von Mahlschatz, wie von Hochzeitgeschenken zu unterscheiden. Zu diesen Brautgeschenken rechnet man nicht nur das, was die Brautleute selbst in der angegebenen Absicht einander geben

94) Vergl. Lauterb. diss. vol. I. de arrha Nr. 79.

oder versprechen, sondern auch das, was von Dritten z. B. wie gewöhnlich von den Eltern der Brautpersonen gegeben oder versprochen wird. Die rechtliche Beurtheilung derselben richtet sich durchaus nach den Regeln über den Mahlschatz, Landr. Th. I. cap. VI. §. 18. Kreittmayr macht in den annot. ad h. l. darauf aufmerksam, daß man deßhalb besonders auf die Absicht des Schenkers merken müsse, weil diese wohl möglich auch auf bloße Ueberlassung des Gebrauchs der übergebenen Sache, nicht auf Schenkung gerichtet sein könne. In diesem, nach Kreittmayr allerdings nicht so leicht als sonst zu präsumirenden Falle ist keine sponsalilia largitas im gesetzlichen Sinne gegeben; ob es sich um eine Schenkung oder Gebrauchsüberlassung handle, muß aus den Umständen erkannt werden.

Die Bestimmungen des römischen Rechts, wonach die sponsalitia largitas des Bräutigams an die Braut interveniente osculo bei Auflösung des Verlöbnisses durch den Tod nur zur Hälfte zurückgegeben werden soll, ist in das bayerische Landrecht nicht aufgenommen worden, das jeden Unterschied zwischen arrha und largitas sponsalitia beseitigt wissen will.[95] Würde nicht die bestimmte Ausdrucksweise des Gesetzestextes jeden Zweifel beseitigen, so würden wir wohl der Ansicht Glücks Comm. Bd. XXIV. S. 399 beitreten, der es höchst ungereimt findet, „wenn viele Rechtsgelehrte der Braut die Hälfte der ihr von dem Bräutigam gemachten Geschenke darum absprechen wollen, weil man heut zu Tage bei der zur Mode gewordenen freien Lebensart und sogenannten Galanterie die Frauenzimmerküsse nicht mehr so theuer zu kaufen pflege, als in den ersten Zeiten der Christenheit." Bekanntlich ist die Zeit der „freien Lebensart und Galanterie" mehr und mehr beseitigt und theils sittenlose, theils sentimale „Mode" weniger herrschend als im vorigen Jahrhundert. Keinesfalls aber dürfte im Gebiete des Rechts einer solchen Richtung eine Concession gemacht werden.

Von zwei Arten von Sondergütern der Ehegatten ist an einem andern Platze die Rede, nämlich: 1) von dem in Th. I. cap. VI. §. 21 Ziff. 2 hervorgehobenen, zu des Mannes Leib gehörigen Sachen,

95) Kreittmayr führt als Grund der Beseitigung der l. 16 Cod. de donat. ante nupt. 5, 3 an: „dann die oscula stehen nicht mehr in so hohem Werth wie vor diesem" annot. ad §. 18.

von welchen bei der praesumtio Muciana gesprochen wurde, und 2) von dem sogenannten End und Gebänd der Ehefrauen, das im folgenden Paragraphen besprochen werden wird. Hochzeitsgeschenke und Hochzeitskosten werden später zur Sprache kommen, da sie gemeinschaftlich sind.

§. 26. End, Gebänd und Kleider der Ehefrau.

Das in der Ueberschrift Genannte „und all anderes zu ihrem Leib Gehöriges, nebst dem Geschmuck und Kleinodien (diejenige ausgenommen, welche derselben von ihrem Ehemann nur zur bloßen Zierde überlassen sind)", ist nach Landr. Th. I. cap. VI. §. 21 tertio als Eigenthum der Ehefrau zu betrachten. Baron Kreittmayr in den annot. ad h. l. Ziff. 4 am Ende bemerkt, daß unter End und Gebänd hier zu Lande verstanden werde „die kleine Montur an Schuh, Pantoflen, Strümpfen, Bändern, Hauben, Händschuhen, Manchet-Baladins, Garnituren und dergleichen Gezeug." Was die Kleider betrifft, so hat schon nach der Ansicht B. Schmids, die freilich nicht unbestritten ist, vgl. ad tit. I. art. 3 Nr. 9, nach dem alten Landrechte eine Ausscheidung zwischen mehr oder minder kostbaren Kleidern nicht Statt zu finden. Im neuen Landrecht kann eine solche Ausscheidung in Hinsicht auf den klaren Wortlaut und die annot. Ziff. 4 l. c. ohnedieß nicht geschehen. Würde jedoch der Ehemann bloß die zeitweilige Benützung besonders werthvoller Schmucksachen oder Kleinodien der Ehefrau gestattet haben, z. B. solcher Ehrengeschenke, „quae ex missionibus legationibus vel aliis commissionibus laudabiliter peractis dono acceperit", B. Schmid ad tit. I. art. 1 Nr. 87, oder würde es sich um Fideikommiß-Schmucksachen handeln, so soll die Ehefrau durch die bloße Ueberlassung zur Benutzung kein Eigenthumsrecht erwerben. Die Ehefrau kann im Conkurse Separationsrechte wegen der in natura vorhandenen, Vorzugsrechte in der vierten Classe der Prior.-Ordnung wegen der etwa vom Ehemanne verschleuderten oder veräußerten, eingebrachten, hieher gehörigen Stücke geltend machen.

In Successionsfällen behält die Ehefrau bei Vorabsterben des Ehemanns nach §. 26 quarto all ihr End und Gebänd, Kleider und was zu ihrem Leib gehört, nebst den Kleinodien, welche ihr nicht

zur bloßen Zierde von ihrem Manne überlassen worden. Bei Vorabsterben der Ehefrau hat der Ehemann, falls Kinder der Ehefrau aus einer vorigen Ehe derselben vorhanden sind, nach §. 37 quarto diese Stücke denselben hinauszugeben. Der Grund hievon wird in den annot. ad h. l. richtig darin angegeben, „weil ihr dieses alles schon in Lebzeiten jure dominii zugehört hat, sofort auch nach ihrem Tad ad haeredes geht.“ Derselbe Grund schlägt aber auch für die Succession bei kinderlosen Ehen an; es wird hienach bei dem Vorabsterben der Ehefrau auf diese eigenthümlich der Ehefrau zustehenden Stücke der Ehemann keinen Anspruch erheben können und sind dieselben den Erben hinauszugeben. Bei der Auszeigung des Mutterguts nach §. 37 primo sind auch End und Gebänd hienach zu berücksichtigen, da dieselben zu den bonis maternis im Sinne des Landr. Th. I. cap. V. §. 5 gehören.

Zweiter Abschnitt.

Die gemeinschaftlichen Güter der Ehegatten.

---

§. 27. Einleitung.

Im I. Abschnitte waren die Sondergüter und die Rechtsverhältnisse in Bezug auf dieselben Gegenstand der Erörterung, der II. Abschnitt handelt von den gemeinschaftlichen Gütern. Deutschrechtliche Institutionen sind es, welche uns hier beschäftigen, welche aber vom Gesetzgeber vielfältig in römischem Geiste betrachtet und mit römischen Lehren erfüllt werden. Die mitarbeitende Ehefrau (laborum periculorumque socia, Tacitus de moribus Germaniae 18.) soll nach deutschem Grundsatze Miteigenthümerin und Mitbesitzerin dessen sein, was sie erringen und erhalten half, sie soll auch nach außen für die Handlungen im Erwerbsgeschäfte mit dem Ehemanne haften und nach dessen Tode oder nach getrennter Ehe soll diese deutsche Anschauung der Ehegenossenschaft in der Vermögenstheilung rechtlichen Ausdruck erhalten.

Im bayerischen Landrechte von 1756 ist dieser Auffassung in nachstehend näher bezeichneten Weise Rechnung getragen.

1) Die allgemeine Gütergemeinschaft der Ehegatten ist vom Rechte ausdrücklich als zuläßig anerkannt; sie soll jedoch nur durch förmlichen Ehevertrag begründet werden können. Wurde sie nur im Allgemeinen geordnet und durch die Vertragsbestimmungen das Einzelne nicht normirt, dann sollen die Regeln der römischen Lehre von der Gesellschaft, wie sie im Th. IV. cap. VIII. des Landrechts vor-

getragen werden, zur Anwendung kommen. Die außerordentlich reiche Manchfaltigkeit der deutschen Rechtsbildung hinsichtlich der allgemeinen Gütergemeinschaft ist hier nicht zu beachten. Das Prinzip der societas, welches der Gesetzgeber — abgesehen von den freier Vereinbarung völlig freigestellten Normen des vertragsmäßigen Güterstandes — an die Spitze gestellt hat, überhebt uns der Untersuchung über die juristische Natur der Gütergemeinschaft, ob es sich in derselben um ideelles Miteigenthum, Alleineigenthum des Ehemanns am geeinten Gute, um das Eigenthum einer juristischen Person oder um das Gesammteigenthum der Ehegenossenschaft handle. [1]) Hier spricht ein Rechtssatz das Prinzip aus, auf welchem die vertragsmäßige Gütergemeinschaft beruhen soll und wir können nicht erst untersuchen, ob nicht ein anderes Prinzip richtiger gewesen wäre. [2])

2) Eine reichere Entwicklung ist im bayerischen Landrechte der partikulären Gütergemeinschaft zu Theil geworden und zwar in zwei Richtungen nämlich in Beziehung

a) auf die Errungenschaft, b) auf die gemeine gemischte Hausfahrniß. Wenn auch bei der partikulären Gütergemeinschaft in Landr. Th. I. cap. VI. §. 32 Nr. 4 ganz gleich wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft in Ermanglung vertragsmäßiger oder verordnungsmäßiger Regeln „die allgemeinen Gesellschaftsrechte und Regeln" zur Norm der Beurtheilung dienen sollen, so sind eben doch erhebliche gesetzliche Bestimmungen sowohl über die Wirkungen der partikulären Gütergemeinschaft während der Dauer der Ehe als nach deren Auflösung gegeben, welche im Einzelnen näher zu betrachten

---

1) Vgl. Bluntschli d. Pr.-R. §. 162 u. ff., Runde deutsches, eheliches Güterrecht §§. 63—67. Mittermayer d. Pr.-R. VI. Aufl. §. 399 Phillips d. Pr.-R. §. 135 u. ff. (II. Aufl.) Eichhorn Staats- u. Rechtsgeschichte Th. I. §. 62 b Th. II. §. 369. 370, Th. III. §. 451 bis 453, Th. IV. §. 568 der V. Aufl. Derselbe: Einl. in das d. Pr.-R. V. Aufl. §. 296. Maurenbrecher §. 484, Kraut, Grundriß d. d. Pr.-R. IV. Aufl. S. 374—88, Gerber d. Pr.-R. VII. Aufl. S. 374—88, Gerber d. Pr.-R. VII. Aufl. §§. 226. 227. 233. Einen guten Abriß über das deutsche eheliche Güterrecht der ältesten Zeit s. in Schwarz, die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkischem Rechte, S. 1—10.

2) Gerber d. Pr.-R. VII. Aufl. §. 233 Nota 6. Mittermayr d. Pr.-R. VI. Aufl. §. 399 a. E. Hasse, Beitrag zur Revision der Theorie von der Gütergemeinschaft S. 84 §. 24.

sein und uns zeigen werden, daß neben dem Dotalsystem doch ein bedeutendes Stück deutschen Güterrechtes im cod. civ. Maxim. Aufnahme gefunden hat.[3])

§. 28. Die Entstehung der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Die Entstehung derselben ist nur durch Vertrag möglich; dieser Vertrag ist aber auch ausdrücklich vom Gesetze als statthaft erklärt. Der Gesetzgeber hat noch mehr gethan; er hat auch dafür gesorgt, wenn bloß im Allgemeinen im betreffenden Paktum allgemeine Gütergemeinschaft stipulirt, das Detail aber nicht weiter ausgeführt und bestimmt worden ist. Für diesen Fall hat er die societas zum Anhaltspunkte gesetzt.[4]) Die betreffende Bestimmung ist in Th. I. cap. VI. §. 32 enthalten und wird dort verordnet: „die Gemeinschaft der Güter, worin beede Eheleute gewissermassen zu stehen haben, erstreckt sich 1^mo^ entweder auf alle sowohl gegenwärtige als künftige, oder aber nur auf einige Güter und wird hiernach bald generalis bald particularis genannt. Jene hat 2^do^ nur statt, wo es durch besondere Bedingungen ausdrücklich also beliebt worden .... Beede Gattungen der Gemeinschaft, nämlich sowohl generalis als particularis werden 4^to^ nach den allgemeinen Gesellschaftsrechten und Regeln, soweit solche nicht durch besondere Verordnungen oder Bedingungen beschränkt sind, bei vorfallenden Irrungen

3) Von Maurenbrecher werden in d. Pr.-R. §. 483 Aufl. I. unterschieden: Allgemeine Gütergemeinschaft, welche sich auf das ganze Vermögen beider Ehegatten erstrecke; partikuläre, welche die Mobilien und den Erwerb mit Ausschluß der Immobilien ergreife; Errungenschaftsgemeinschaft, welche das während der Ehe Erworbene betreffe. Das Gebiet des bayer. Landrechts wird in §. 509 zu den Ländern der bloßen Errungenschaftsgemeinschaft gestellt Allein die Vermögensgemeinschaft im bayerischen Landrecht erstreckt sich, wenn auch vorzugsweise, doch nicht ausschließend auf die Errungenschaft, wie aus Ldr. Th. I. cap. VI §§. 19 u. 21 über die Hausfahrniß und die Hochzeitsgeschenke hervorgeht.

4) Mevius ad jus lubecense lib. I. Tit. V. art. V. leitet die societas als Grundlage der Gütergemeinschaft aus dem alten römischen jus regium, sich auf Dionysius Halicarnass. lib. 2 hist. rom. beziehend, wo es heißt: mulierem nuptam ex sacris legibus, cum viro convenisset, *sociam ejus bonorum* et sacrorum esse. S. 146 l. c. Jedoch verkennt Mevius nicht, daß die societas eine anomala wenigstens für das Lübische Recht sei; viel weiter geht aber der von Kreittmayr zum Vorbild genommene Lauterbach.

beurtheilt." Interessant und charakteristisch ist hiebei die Aeußerung des Landrechts in Th. IV. cap. VIII. §. 1 von der societas wonach die societas universalis omnium bonorum „nur noch zuweilen unter Eheleuten, sonst aber nicht leicht mehr in Uebung" ist. Diese Aeußerung läßt entnehmen, daß die Bestimmungen, welche das Landrecht im Kapitel VIII. Th. IV. über die Sozietät betreffs der societas universalis omnium bonorum aufgenommen hat, gerade mit Rücksicht auf die allgemeine Gütergemeinschaft der Ehegatten gegeben wurden. Hiebei sind jene Modifikationen im Auge zu behalten, welche sich aus der potestas maritalis ergeben und die in wesentlicher Beziehung auf die Sozietätsregeln Einfluß äußern, anderseits auch sonstige allgemeine Regeln des Güterrechts der Ehegatten nicht zu übersehen. Hinsichtlich der Entstehung der allgemeinen Gütergemeinschaft sagt uns das Landrecht a. a. O. §. 2, daß die Association auch durch stillschweigenden Consens, der mehr mit Werken, als mit Worten deklarirt werde, entstehen könne. Diese Bestimmung kann bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der Eheleute wegen des entgegenstehenden Spezialgesetzes, wonach sie nur durch ausdrückliches Paktum begründet werden kann, keine Anwendung finden.[5]) Nach Landr. Th. I. cap. VI. §. 29 Nr. 3 ist schriftlicher Vertrag hiezu nothwendig. Hieraus ergibt sich von selbst, daß bei Abschließung desselben vor Eingehung der Ehe die Gütergemeinschaft gleichzeitig mit derselben, bei Abschließung desselben nach deren Eingehung die Gütergemeinschaft erst später entstehen könne. Nichts hindert hiebei, durch vertragsmäßige Bestimmung den Anfangspunkt auf einen bestimmten Zeitpunkt, oder auch auf einen unbestimmten, z. B. bis zu eintretendem Kindersegen zu verlegen. Die Praxis wird übrigens solche aufschiebende Clauseln schwerlich aufzuweisen haben.

Nach Ldr. Th. IV. cap. 8 §. 1 entsteht jeder contractus societatis, also auch die allgemeine Gütergemeinschaft der Ehegatten dann, wenn die Contrahenten mit „ihrer Hab oder Mühewaltung auf gemeinschaftlichen Gewinn oder Verlust in Compagnie" zusammentreten, wonach als wesentlich zum contractus societatis die collatio rei vel operarum erscheint. Sofort entsteht die Frage, ob bei dem Abschlusse

5) Vgl. annot. zu Ldr. Th. I. cap. VI. §. 32 Ziff. 1.

eines Gütergemeinschafts-Vertrags durch die Ehegatten eine Collation von „Hab oder Mühewaltung" wirklich stattgefunden haben müsse, damit die allgemeine Gütergemeinschaft als wirksam und existent angesehen werden könne, oder ob vom Momente der eingegangenen Ehe, resp. des Vertragsabschlusses (wenn der Vertrag erst später errichtet wird), die collatio als geschehen zu betrachten ist. Im Hinblicke auf die Natur der Dinge müssen wir die zweite Alternative annehmen, denn, wenn auch der eine Ehegatte gegenwärtig keine Habe besitzen sollte, so hat er doch die Verbindlichkeit alle künftig zu erwerbende Habe zu conferiren und anderseits die Verbindlichkeit all jene Mühen und Lasten, die im Stande der Ehe gefordert werden, zu übernehmen. Die Verbindlichkeit zur Leistung und resp. Collation ist so stark, daß das Gesetz l. c. §. 4 Ziff. 6 hinsichtlich der zur Zeit des geschlossenen Contrakts bereits acquirirten Habe bei der societas omnium bonorum ausdrücklich die collatio pro indiviso et *ipso jure* als geschehen annimmt. Mit der Vollendung des Vertrags und Hinzutritt der abgeschlossenen Ehe ist sonach die Gütergemeinschaft begründet.

Daß bei allgemeiner Gütergemeinschaft Receptizgüter oder namentlich ausgenommene Güter des Einen oder andern Ehetheils nicht vorkommen können, liegt in dem Begriffe derselben. [6])

§. 29. Wirkungen der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Es braucht bloß in Erinnerung gebracht zu werden, daß auch die Wirkungen der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht etwa nach deutschrechtlichen Regeln über die eheliche Gütergemeinschaft sondern nach den Vorschriften des Landrechts Th. IV. cap. VIII. zu beurtheilen sind. An die Spitze wird vom Landrechte l. c. §. 3 der Satz gestellt, daß die landrechtlichen Normen nur insoweit zur Regel dienen, „als kein anderes bedungen oder Herkommens ist" — Sind aber Vertragsbestimmung oder das Herkommen nicht maßgebend, dann sind für die societas omnium bonorum, mit der allein wir es hier zu thun haben, die nachstehenden Bestimmungen hervorzuheben.

1) §. 4 l. c.: „Jeder Compagnon ist schuldig . . . zu conferiren . . . 1mo in societate universali bonorum omnium all gegenwärtig und

6) Vgl. Hasse Revision S. 142.

künftige Hab, wie sie immer auf ehrbare Weis erlangt worden und mit andern communicabl ist.“ Ein Vorbehalt von irgend welchen Gütern — abgesehen von dem nicht mittheilbaren Erwerb von Sachen extra commercium oder turpes — findet bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht statt. Die annot. ad h. l. Ziff. 2 bemerken erläuternd: in societate omnium bonorum universali wird alles, was jeder Compagnon wirklich hat, oder noch ferner erlangt, in collationem gebracht . . . es geschehe gleich per actum inter vivos oder mortis causa z. E. durch Schankung, Vermächtnuß, Erbschaft, durch Fleiß oder bloßes Glück . . . Lehen, Fideikommiß und bona mere usufructuaria seynd nicht in substantia sondern nur quoad fructus mit andern communikabl, kommen also nur mit diesen letzteren in collationem societatis.“

2) Als ipso jure durch den Vertrag conferirt, wird vom Landrecht lediglich die zur Zeit der Eingehung desselben bereits acquirirte Habe betrachtet, l. c. Ziff. 6. Dagegen erfordern die bona futura nach diesem Texte und den annot ad §. 4 cit. Ziff. 4 lit. c wirkliche Tradition. Die Ehe ergreift nicht sofort, wie das sonst deutschen Rechts ist, die künftig anfallenden Güter von selbst, wohl aber die bereits zur Zeit der Eingehung derselben und beziehungsweise zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags im Besitze beider Ehetheile befindlichen. L. 1 u. 2 Dig. 17, 2 pro socio sagen dieß kurz und bündig: In societate omnium bonorum omnes res quae coëuntium sunt, continuo communicantur — quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

Zu den körperlichen Sachen gehören auch die dinglichen Klagen annot. ad §. 4 lit. d. Schuldforderungen und persönliche Klagen [7]) müssen gegenseitig cedirt werden, wenn sie gemeinschaftlich werden sollen, ebenso jene körperlichen Sachen und Realklagen, welche erst nach errichteter Gesellschaft von den Gesellschaftern erworben werden

---

7) Heutzutage geschieht jedoch sowohl nach gemeinrechtlicher als bayerischer Praxis die Communikation der Schuld- und persönlichen Klagen schon durch Eingehung des Gesellschaftsvertrags vgl. Seuffert Pand. §. 354 Nota 3 (III Aufl.) Es bedarf jener Prozedur nicht mehr, welche Lauterbach coll. pand. ad l. 17 tit. 2 §. 14 für nöthig hält.

l. 3, pr. Dig. h. t. l. 74 Dig. h t. Glück Pand. Comm. Bd. XV. S. 381 u. ff. Kreittmayr annot. l. c. Im Weigerungsfalle steht dem andern Gesellschafter die actio pro socio zu. Zur Collation kommen ferner die aus dem gemeinschaftlichen Gute abfallenden Früchte und dessen Nutzungen, sowie die Anschaffungen aus gemeinschaftlichem Gute. Ldr. l. c. §. 4 Nr. 4 und 5.

3) Nach Landr. Th. IV. cap. VIII. §. 5 Ziff. 1 gehören „unter die aus dem gemeinschaftlichen fundo zu bestreitende oder zu conferirende Ausgabe in societate omnium bonorum universali alles, was jeder Associrter von Noth, Billigkeit oder Gewohnheit wegen, jedoch in Ehren auszulegen hat,[8]) ohne Unterschied, ob die Auslag von Compagnie wegen und in Ansehen derselben oder sonst gemacht wird, z. E. da man eine Tochter aussteuert oder Kinder studiren laßt, ohngeachtet etwa der andere Compagnon kein Kind hätte." Die annot ad h. l. Ziff. 1 lit. a erläutern die Worte des Gesetzes „in Ehren" aus l. 59 Dig. h. t. durch die Bemerkung: „was hingegen einer verspielt, verhurt und sonst liederlicher Weis verthut, das tragt sein Compagnon, etsi bonorum omnium socius sit, nicht mit, weil es keine honnete Ausgabe ist." Sache des richterlichen Ermessens ist die Entscheidung der Frage, ob es sich um eine unehrenhafte Ausgabe handle, die lediglich dem veranlassenden socius zur Last fällt.

4) Nach dem Grundsatze l. 39 §. 1 Dig. 50, 16 de verb. signif. bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt sind die vor Eingehung der Ehe von beiden Ehegatten contrahirten Schulden, nach Eingehung der Ehe jene der Ehefrau, soweit sie hiezu gesetzlich befugt war, (vgl. oben §. 16 über die Veräußerung des Frauenguts durch die Ehefrau) die des Ehemanns, so weit sie nicht als in Unehren contrahirte erscheinen, aus dem gemeinsamen Gute zu berichtigen.[9])

---

8) Durch diese Vorschrift des Gesetzes ergibt sich, daß der Ehemann das Vermögen der societas nicht durch Schenkungen, einseitiges Testament u. dgl. ohne Zustimmung seiner Ehefrau verringern darf und dieselbe nicht verbunden ist derlei Handlungen, insoweit ihre Ansprüche an das gemeinschaftliche Vermögen hiedurch beeinträchtigt werden, anzuerkennen. Einseitigen Veräußerungen der Ehefrau entgegenzutreten, bedarf es für den Ehemann keiner weitern Schutzmittel als der oben erörterten, aus der potestas maritalis entspringenden.

9) Leyser spec. 184 med. VIII. sucht zwar zu deduziren, daß die Schulden,

5) Die Bestimmung des Ldr. l. c. §. 5 Ziff. 3 wonach die dolo vel culpa lata aut levi eines socius erlittenen Schäden des gemeinschaftlichen Gutes nur dem veranlassenden Theile allein zur Last fallen, kann nach dem dort gebrauchten Ausdrucke „eines oder andern Associrten in particulari“ nicht auf unsere societas omnium bonorum bezogen werden; ebenso gehören die annot. ad §. 5 Ziff. 2 nicht hieher. In Ermangelung landrechtlicher Bestimmungen ist auf das gemeine Recht zu rekurriren. Hier ergibt sich aber gleichwohl, daß nach l. 52 Dig. h. t. §. 4 u. §. 18 dolus und culpa dem Schuldigen allein zur Last fallen. Vgl. Glück Comm. Bd. XV. S. 384. Seuffert Pand.-R. §. 354 Nota 5. Im ehelichen Leben werden jedoch praktisch vom Ehemanne der dolosen oder kulposen Gebarung der Ehefrau durch die potestas maritalis rechtzeitig und selbst nach geschehener Handlung Zügel angelegt werden können.

6) Nach §. 6 des Ldr. l. c. 1^mo^ hat jeder Compagnon von dem was conferirt worden, wie auch von allem davon kommenden Gewinn oder Verlust allzeit zu gleichen Theilen zu partizipiren, wenn schon die Collation ungleich gewesen ist. Da die Ehegatten, selbst wenn sie gar nichts als operas in die Ehe bringen, gleichwohl alle künftigen Güter conferiren, so hat auf sie die Bestimmung des Landrechts l. c. Ziff. 7 über den, wer nur operam conferirt, keine Anwendung. Es bleibt vielmehr, wenn auch Ein Ehegatte keinen Heller mit in die Ehe gebracht haben sollte, bei der Bestimmung *l. c. primo.*

7) Die Grundsätze der römischen societas finden keine Anwendung, insoweit spezielle Bestimmungen des Güterrechts der Ehegatten entgegenstehen. Dieses ist der Fall bei der ehelichen Errungenschaft

---

welche vor Eingehung der Ehe kontrahirt wurden, vom andern socius nicht zu entrichten seien, allein seine Motivirung stützt sich bloß auf die in einem einzelnen Statutarrechte gebrauchte Ausdrucksweise, vgl. dagegen Glück l. c. S. 384 Nota 50. Nach Landr. Th. I. cap. VI. §. 33 1^mo^ „Zweitens“ und den annot. ad §. 33 Ziff. 3 „haftet jeder Ehegatte (im Falle allg. Gütergemeinschaft) für alle Schulden in solidum und ohne Unterschied, ob dieselben in Ansehen der gemeinschaftlichen Güter und pro bono vel utilitate communi oder sonst vor oder während der Ehe gemacht sind.“ Dasselbe enthalten die annot. ad §. 22: „Bei Eheleuten, welche vi pacti oder statuti in communione omnium bonorum leben, cessirt aller Unterschied inter bona dotalia, paraphernalia et recepticia.“

und der gemeinschaftlichen Hausfahrniß. Der Nutzen des gemeinschaftlichen Guts, welcher nach den später auszuführenden Grundsätzen in den Bereich der Errungenschaft fällt, ist nach Maßgabe der Bestimmungen des Ldr. Th. I. cap. VI. §§. 36—38 zu theilen, per verba §. 32 Ziff. 4 „soweit solche (die Gesellschaftsregeln) nicht durch besondere Verordnungen oder Geding beschränkt seynd." Vgl. annot. ad h. l. Ziff. 4.

8) Aus dem ehelichen Verhältnisse folgt, daß die Administration der gemeinschaftlichen Güter, in deren condominio und compossessione sich beide Ehegatten befinden, dem Ehemanne gebühre und dem Ehemanne der ususfructus zustehe, annot. ad h. l. l. c., insoweit man eben wegen des condominium und der compossessio noch von ususfructus sprechen kann.

9) Falls die Ehegatten Immobilien besitzen, sind die Namen beider Ehegatten in der II. Rubrik des Hyp.-B. als Besitzer einzutragen. [10]) Der gesetzliche Güterstand ist nach Gönners Ansicht nicht in das Hyp.-Buch einzutragen, wohl aber dann ein Eintrag zu machen, wenn wie in concreto nur unter Voraussetzung eines besondern Vertrags ein Immobile gemeinschaftlich wird.

10) Kontrovers ist, ob die beiden Ehegatten nach eingegangener Gütergemeinschaft befugt seien, einseitig von Todeswegen zu verfügen, oder ob Anordnungen dieser Art lediglich in der Form des Erbvertrags oder wechselseitigen Testaments stattfinden.

Die Frage ist im gemeinen deutschen Rechte eine sehr bestrittene. [11]) Wir sind im Sinne des bayer. Landrechts, das außerordentlich geneigt ist, die Testirfreiheit des römischen Rechts unbetastet bestehen zu lassen, mit Runde der Ansicht, daß die Dispositionsfähigkeit nicht zu beanstanden sei. Ueber jenen Antheil, welchen der Eine Ehetheil nach der Natur der Gütergemeinschaft im Augenblicke des Todes sein nennen darf, die Eine Güterhälfte, kann er auch vorbehaltlich der Rücksicht auf die legitima und Erbverträge frei verfügen.

---

10) Hyp.-Ges. §. 136 Nr. 1. Gönner Comm. Bd. II. S. 222.

11) Vgl. Beseler d. Pr.-R. Bd. II. §. 140 Nota 22 und Runde d. ehel. Güterr. §. 172 als Vertreter entgegengesetzter Ansichten.

§. 30. Endigung der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Die allgemeine Gütergemeinschaft kann im Gebiete des bayerischen Landrechts bloß mutuo consensu mittelst förmlichen Vertrags entstehen. Dieser Voraussetzung entspricht hinwiederum, daß sie mutuo dissensu aufgehoben und der gesetzliche oder sonst ein anderer vertragsmäßiger Güterstand hergestellt werden könne. Ob hiezu ein formloser Contrakt genüge, bleibt der Erörterung hinsichtlich der Ehepakten vorbehalten. Die eheliche allgemeine Gütergemeinschaft kann auch durch Hinwegfallen der Voraussetzung, d. i. der Ehe selbst, geendigt werden. In dieser Hinsicht kommt zuerst der Tod eines Ehegatten in Betracht. Es lassen sich zwei Ansichten aufstellen und zu deren Begründung Folgendes vorführen. Man kann nämlich sagen: Es können nicht die Normen der Endigung der societas maßgebend sein, weil das bayerische Landrecht für diesen Fall eigene Normen gegeben hat, welche die subsidiär zur Anwendung kommenden der Sozietät ausschließen.

Das Landrecht Th. I. cap. VI. §. 35 sagt hierüber: „und soll.... falls weder durch Geding, noch letzten Willen eine andere Fürsehung von Succession der Eheleuten geschiehet, alsdann lediglich dasjenige beobachtet werden, was in nächstfolgenden Paragraphis von denen unterschiedlichen vier Todesfällen deutlich verordnet worden ist." Wenn also weder durch Testament noch durch förmlichen Erbvertrag mit beiderseitiger Zustimmung die Güterverhältnisse nach dem Tode eines der Ehegatten geordnet worden sind, so treten wegen der Succession in den Nachlaß des andern Ehegatten die Bestimmungen der §§. 36, 37, 38 in Kraft. Daß Kreittmayr den Fall der allgemeinen Gütergemeinschaft bei Festsetzung dieser Normen, die nur durch pacta dotalia oder Testament abgeändert werden können, nicht außer Acht ließ, beweisen die Anmerkungen zu §. 36 l. c., indem er dort sagt: „und hat man annebens gedachten Kindstheil für eine den Kindern zum Besten gemachte Ausnahme von der praecedente §. 32 n. 4 u. 5 vorausgesetzten Generalregul anzusehen, indem sonst der Frau regulariter die Hälfte von dem gemeinschaftlichen Gut gebührt hätte." Diese Generalregel a. a. O. betrifft nun gerade sowohl die allgemeine als partikulare Gütergemeinschaft.

Dieser Ansicht kann aber die nachstehende entgegengestellt werden: Mit dem Momente der vertragsmäßig begründeten allgemeinen Gütergemeinschaft verschwindet jeder Unterschied zwischen eingebrachtem Gut, den Sondergütern beider Ehegatten und den gesetzlich in partikulärer Gemeinschaft stehenden Gütern, da diese alle ergriffen und in Eine Masse vereinigt werden, als deren gleichberechtigte Inhaber und Eigenthümer die beiden Ehegatten erscheinen. Wird die Ehe nun durch den Tod aufgelöst, so wird nicht auf die vormals etwa bestandene Ausscheidung der Güter in Sonder- und gemeinschaftliche Güter zurückgegangen. Die zu Einer Masse vereinigten Güter können nicht mehr ausgeschieden werden, sondern es kann nur nach quoten Theilen je einem Ehegatten die Hälfte zugewiesen werden.[12])

Die letztere Ansicht erscheint uns als die genugsam begründete und richtige. Die für die erstgedachte Ansicht aufgeführten Stellen des bayerischen Landrechts und der Anmerkungen gehen unverkennbar von der Voraussetzung aus, daß nach dem Tode des Einen Ehegatten Sondergüter einer- und in partikularer Gemeinschaft stehende Güter anderseits vorhanden seien. Eine weitere in den §§. 36 bis 38 festgehaltene Voraussetzung ist die Einbringung entweder eines Heirathguts, oder die Einbringung von Paraphernalgütern, die nicht mit den Vorzügen der dos ausgestattet sind. An all diesen Voraussetzungen gebricht es, sobald einmal Gütergemeinschaft allgemein paktirt worden ist. Die Anwendung der bezeichneten Gesetzesparagraphen würde hienach ganz und gar der Unterlage, der faktischen Voraussetzungen, auf welche sie beruhen soll, entbehren. Man müßte Ausscheidungen treffen, die unzulässig sind, und zur willkürlichen Wiederherstellung eines überwundenen Zustandes greifen. Selbst dann, wenn in den abgeschlossenen Eheverträgen auch mit keinem Worte des Todesfalles erwähnt worden ist, muß doch die Hälfte des materiell vereinigten Vermögens dem überlebenden Ehegatten zugeschieden, die andere Hälfte auf den Antheil des vorverstorbenen gesetzt und ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der §§. 35—38 des Ldr. dem Erbgange überlassen werden.

Wenn man nun die Frage aufwirft, worin hier die Succession

12) Vgl. Runde, deutsches ehel. Güterr. §. 59 Nota a.

des überlebenden Ehegatten bestehe, da der ihm zufallende Theil lediglich die Abscheidung der ihm gebührenden, bisher ideellen Hälfte ist, so muß man zu dem Resultate gelangen, daß in der That der Ehemann eben auch hier nicht succedirt, nicht Erbe wird, sondern das Seinige erhält, daß er nun die Folgen der Stipulation ins Leben treten sieht, durch welche er das Verhältniß der allgemeinen Gütergemeinschaft schuf, ohne gleichzeitig die Succession bei Todesfällen zu regeln.[13])

Die Vermögenstheilung im Falle der Ehescheidung sowie der Ungiltigkeitserklärung der Ehe ist mit Ausscheidung der einzelnen Fälle später zu erörtern.

Wenn auch das Vermögen beider Ehegatten verloren oder bei vorhandener Ueberschuldung vom Confurse der Gläubiger verschlungen worden ist, so wird doch durch den Confurs nicht der Vertrag über societas omnium bonorum zerstört, da dieser immer noch die operae sowie künftig zu erwerbenden Güter zum Gegenstande haben kann.

Die Regel des römischen Rechts l. 4 §. 1 Dig. h. t. Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione et *egestate*, welcher sich auch das bayerische Landrecht Th. IV. cap. VIII. §. 14 und annot. ad h. l. lit. c anschließt, kann wegen der Natur des ehelichen Verhältnisses, welches höhere Rücksichten als die vermögensrechtlichen zu beachten hat, keine Anwendung finden, soweit der letzte Auflösungsgrund in Frage steht. Denn wenn der Ehemann oder die Ehefrau auch einem Confurse der Gläubiger unterworfen worden sind, so kann allerdings eine Modifikation, resp. Suspension der bestehenden Rechtsverhältnisse eintreten. Nach Beendigung des Confursverfahrens lebt aber die ältere Ordnung der Dinge wieder auf.

§. 31. Die Gütergemeinschaft der Ehegatten in Ingolstadt.[14])

Ueber dieselbe berichtet Kreittmayr in den annot. zu Landr. Th. I. cap. VI. §. 33 Ziff. 1 was folgt: „Communio generalis ist zwar an

13) Wir müssen nothgedrungen, da all andere Regeln des ehelichen Güterrechts uns im Stiche lassen, zu der nach Maßgabe der Endigung einer societas omnium bonorum nothwendigen Zweitheilung schreiten. Diesen Gesichtspunkt der Auseinandersetzung der beiderseitigen Ansprüche auf die gemeine Masse finden wir auch in deutschrechtlichen Statuten, vgl. Bluntschli d. Pr.-R. §. 167 Ziff. 1 lit. a.

14) In Landsberg soll nach einer dem obersten Gerichtshofe in Vorlage gekom-

verschiedenen Orten in Bayern, z. E. in Ingolstadt unter dem Namen der gerenkten Heirath per statutum locale eingeführt 2c." und beruft sich hiebei auf eine Schrift des Prof. Ecker hierüber. Diese führt den Titel: F. J. Wilhelm Eckhers ph. et j. u. doct. rechtsbeständige Erörterung der Frage: ob die Ingolstädtische Freiheit von gerenkten Heurath sich außer dem Burgfried erstrecke? Schon der Titel ergibt, daß nicht die Frage der „gerenkten" Heirath, sondern die, ob sich dieselbe auch auf bona exterius sita erstrecke, vorzugsweise Gegenstand der Erörterung bilde. Als Beilage der Eckherschen Schrift ist ein Freiheitsbrief „zu Augsburg erworben bei dem Bischofe von Mainz als Canzler in Germanien mit der Ausfertigung des römischen Königs Max vom 5. Juli 1496, der einen Freiheitsbrief des Kaisers Friedrich dd. Regensburg am Mittwoch vor St. Peter 1471 inserirt und bestätigt, in welchem es heißt: „daß wir der yez gemelten Stat Ingolstat solch jr Gnad, Freyhait und Privilegia mit sambt derselben Stat Gerechtigkeiten und alten Herkommen, und auch nemlichen wer daselbst nach der Stat Rechten Heirat, sobald dann dieselben zwu Personen unter die Decken zusammen kommen, daß alsdann Jr baider Gut ain Gut sey, und welches darnach vor dem andern on eelich Leibserben abgeet daß darnach von Stund desselben Hab und Gut, so Im verheirat ist, dem andern, daß es also überlebt mit sambt der Morgengab, so verr die nicht verschafft wer, haim gefallen und beleiben, wa aber eelich Leibs Erben gelassen wurden, daß die alsdann desselben Toten Gut als vaterlich oder müterlich Erb erben [13]) . . . . als Römischer Kayser van newen gegeben." Im Jahre 1541 wurde nach Inhalt des in den Bl. f. R.-A. Bd. XXIII. S. 113—117 abgedruckten Aufsatzes dieses Privilegium bestätigt. Durch Erkenntniß des k. App.-Ger. von Oberbayern war die Existenz des fraglichen Lokalstatuts als weder notorisch noch von dessen Alleganten gehörig nachgewiesen bezeichnet,

---

menen beglaubigten Abschrift eines Freibriefs vom Valentinstage 1392 die allgemeine Gütergemeinschaft ex statuto bestehen. Dieselben oder noch mehr Zweifel über die noch fortdauernde Geltung werden in den Bl. f. R.-A. Bd. XXIV. S. 193 u. ff. erhoben. Bezüglich der Eruirung der desuetudo wiederholen wir auch in diesem Betreffe das am Schlusse dieses Paragraphen Gesagte.

15) Hier sind noch weitere erbrechtliche Bestimmungen inserirt, die nicht hieher gehören.

übrigens angenommen worden, daß, wenn auch ein solches Lokalstatut bestand, dasselbe nach Landr. Th. I. cap. II. §. 15 Nr. 5 durch widrigen Gebrauch (desuetudo) wieder aufgehoben worden sei. Der oberste Gerichtshof äußerte sich in seinem l. c. mitgetheilten Erkenntnisse vom 6. Febr. 1858 darüber nicht, ob er das fragliche Statut als bestehend oder durch desuetudo abgeschafft erachte, da er die an ihn gebrachte Frage aus den in concreto vorliegenden Ehepakten entschied. Der Verfasser des beregten Aufsatzes, dem die Streitakten in jener Sache zur Einsicht gestanden haben müssen, fügt zu der Mittheilung der Erkenntnisse seinerseits die Bemerkung, daß aus den Erhebungen sich Anzeigen hervorthaten, „daß, wenn auch die Elemente einer förmlichen Desuetudo nicht erweislich seien, dennoch der Freiheitsbrief von 1541 mit der darin statuirten ehelichen Gütergemeinschaft in dem Rechtsbewußtsein der städtischen Einwohnerschaft und selbst der dortigen Gerichtspersonen mit einem dichten Schleier der Vergessenheit bedeckt sei." Der Hr. Verfasser hält zwar die Ansicht des App.-Ger. für die richtigere, will jedoch ohne ein entschiedenes Urtheil abzugeben, den Bürgern Ingolstadts, welche eheliche Gütergemeinschaft statuiren wollen, gerathen haben, sich nicht auf das Statut zu verlassen, sondern dieselbe in giltigen Ehepakten zu errichten.

Aus der Einsicht der Eckherschen Schrift läßt sich weder für die eine noch die andere Meinung ein Resultat gewinnen. In juristisch zweifelhaften Güterrechts- und Erbrechtsfällen pflegen die Parteien, wie dieß auch in Streitsachen über das Münchener Privilegium albertinum in Bezug auf die Erbfolge der Ehegatten sich zeigte, es nicht auf die richterliche Entscheidung ankommen zu lassen und so wurde auch die streitig gewordene Frage im Eckherschen Prozesse durch Vergleich entschieden und war überdieß nicht das Statut, sondern die Frage zumeist streitig geworden, ob sich dasselbe auf außerhalb Ingolstädter Gebiet liegende Güter erstrecke, auch ein Ehevertrag in Mitte. Immerhin aber dürfte das Zeugniß Eckhers, der angeblich die Ingolstädter Bürgerschaft auf die Vortheile, welche ihr Privileg dem Credit gewähre, aufmerksam zu machen beabsichtigte, sowie das Zeugniß Kreittmayrs in den annot. l. c. genügen, um nicht bereits für 1756 die desuetudo fraglichen Statuts annehmen zu können. Allein ebensowenig berechtigen die Erhebungen,

von welchen in den Bl. für R.-A. a. a. O. berichtet wird zu dieser Annahme. Es ist dort geradezu eingeräumt, daß die Elemente einer förmlichen desuetudo nicht erweislich seien. Ein solcher Nachweis muß aber erfordert werden, insbesondere da das Statut selbst vom obersten Gerichtshofe als außer Zweifel stehend erachtet wurde. Denn es können eine Reihe von Ehegatten von dem Rechte der Beerbung nach dem fraglichen Statute keinen Gebrauch gemacht haben, ohne daß hiedurch dritten, die gleichwohl sich desselben bedienen wollen, präjudizirt wird.[16]) Den in den Bl. f. R.-A. a. a. O. ausgesprochenen Wunsch, daß die Behörden in Ingolstadt die Bürger auf die Unsicherheit des Rechtszustandes aufmerksam machen, vollkommen billigend, dürfte es sich rechtfertigen, den weitern Wunsch anzufügen: Es möge offiziell der Nachweis der wirklichen desuetudo versucht und im Falle des Gelingens wie des Mißlingens desselben das Resultat konstatirt werden, um hieraus dem Richter, wie den Betheiligten die zu wünschende Rechtssicherheit möglich zu machen. Das Gewohnheitsrecht kann ein Gesetz wie das in concreto außer Anwendung bringen; Gewohnheitsrecht tritt dann an die Stelle des durch die Gewohnheit beseitigten Gesetzes.[17]) Ob nun ein solches Gewohnheitsrecht sich unter den hiefür zu fordernden Normen gebildet habe, das wäre Gegenstand der Untersuchung.

§. 32. Begriff und Umfang der partikularen Gütergemeinschaft.[18])

Durch die nur vertragsmäßig zugelassene allgemeine Gütergemeinschaft werden alle Güter beider Eheleute, die gegenwärtigen wie die künftigen erfaßt, die partikulare Gütergemeinschaft ist im Gegen-

16) Vgl. Glück, Pand. Comm. Bd. I. S. 520.

17) Puchta, Pand. Vorles. Bd. I. S. 32 der IV. Aufl.

18) Hasse, Revision S. 144 hat meines Erachtens richtig gezeigt, daß man lediglich allgemeine und partikulare Gütergemeinschaft zu unterscheiden habe, während die Errungenschaftsgemeinschaft bloß eine Unterabtheilung der letzteren ist. Er klassifizirt S. 148 das Vermögen 1) in Eingebrachtes (illata), 2) in Ererbtes und Geschenktes in weiterem Sinne (bona adventitia), 3) in Erworbenes sens. strict. (collaboratio), hieneben 1) in Rechte an unbeweglichen und 2) an beweglichen Sachen und bemerkt: „Beide Classifikationen greifen durch das Ganze durch . . . . wo eine dieser Classen ausfällt, da ist partikulare Gütergemeinschaft vorhanden."

sätze hievon vorhanden, wenn entweder kraft des Gesetzes oder Vertrags ein Vorbehalt gemacht ist, welcher irgend einen Theil des Vermögens des einen oder andern Ehetheils betrifft, wenn neben gemeinschaftlichen Gütern der Ehegatten auch Sondergüter derselben bestehen. Mag dieser Vorbehalt gegenwärtige oder künftige Güter, die des einen oder andern Ehegatten betreffen, immerhin gehört zum Begriffe der partikularen Gütergemeinschaft das negative Element, daß nicht alle gegenwärtigen und künftigen Güter beider Ehegatten gemeinschaftlich seien. [19]) Der Umfang der partikularen Gütergemeinschaft, insoweit er speziell bedungen wird, kann ein größerer oder kleinerer sein; es kann vertragsmäßig die kraft des Gesetzes bestehende partikulare Gütergemeinschaft sehr erweitert und verengert werden, so daß z. B. die Errungenschaft ganz dem einen oder dem andern Ehetheile Früchte bringt; sobald aber alle Güter beider Ehetheile Gegenstand der Gemeinschaft mit Ausschluß jedes Vorbehalts geworden sind, dann besteht ebenso wenig partikulare Gütergemeinschaft mehr, als wenn vertragsmäßig alles Gut der Ehegatten in Sondergüter verwandelt worden ist. Bei ermangelnden Vertragsbestimmungen wird eine communio bonorum particularis nach gesetzlicher Bestimmung a) bei der Errungenschaft, b) bei der gemeinvermischten Hausfahrniß, c) bei den Hochzeitsgeschenken angenommen. [20]) Es sind nun zunächst die Bestimmungen über die Errungenschaft ins Auge zu fassen.

§. 33. Entstehung der Errungenschaftsgemeinschaft.

Wir fassen hier zunächst die Errungenschaftsgemeinschaft ins Auge, welche vom Gesetze allgemein und ohne Rücksicht auf gemeinschaftlichen Gewerbs- und Handelsbetrieb, vorgeschrieben wird. Der Charakterisirung des Begriffes und Umfangs derselben bleibt der folgende Paragraph vorbehalten.

---

19) Hiemit übereinstimmend Roth und Meibom, kurhess. Privatrecht §. 107: Der Begriff der partikulären Gütergemeinschaft läßt sich nur negativ bestimmen, als einer nur einzelne Vermögenstheile umfassenden oder als einer Vereinigung, bei welcher ganze Gattungen von Sachen von der Gemeinschaft ausgeschlossen sind. Vgl. auch Hasse, Revision der bisher. Theorie der allg. Gütergemeinschaft S. 197. Runde, ehel. Güterr. S. 183.

20) Ldr. Th. I. cap. VI. §. 32 Nr. 3.

Nach dem Landrechte von 1616 in den Bestimmungen des Tit. I. art. 1, 5, 6, 10 und den Erläuterungen B. Schmid's hiezu wird kraft des Gesetzes im Momente der eingegangenen Ehe Errungenschaftsgemeinschaft begründet.[21]

Der Moment der Copulation ist der der Entstehung der Errungenschaftsgemeinschaft, vgl. Kreittmayr in den Anm. zu Th. I. cap. VI. §. 20 Nr. 3: „es kommt aber nur darauf an, ob sie schon copulirt ist", das Gesetz selbst in §. 20 des cap. VI. per verbum: Eheleute, dann in Th. I. cap. VI. §. 32 in not. Nr. 1 zweitens. Nur durch ausdrücklichen und förmlichen Ehevertrag kann die vom Gesetze eingeführte Errungenschaftsgemeinschaft in ihrer Entstehung gehindert und ausgeschlossen werden. Was vom Ganzen gilt, muß auch von den Theilen gelten; es unterliegt daher auch keinem Bedenken, die Errungenschaftsgemeinschaft nur zum Theile auszuschließen oder einzuschränken, selbstverständlich mittelst förmlicher Ehepakten.

§. 34. Begriff und Umfang der ehelichen Errungenschaft.

Hinsichtlich des Begriffes zeigen sich nicht unwesentliche Verschiedenheiten zwischen dem Landrechte von 1616 und dem von 1756, während das Rechtbuch von 1346 dieses Rechtsverhältniß unberührt läßt. Im Landrechte von 1616 wird in Tit. I. art. 1, 5, 6, 10 diese Materie behandelt. Art. 1 spricht u. A. von dem Vermögen, das beide Eheleute von dem Einkommen ihrer Güter erspart oder durch ihren eigenen Fleiß erobert haben. An diese positive Bestimmung reiht sich sofort in Art. 1 die negative, wodurch die Erbschaft oder das was „in anderweg dem einen Ehegemächt allein zugestanden ist" als nicht zur Errungenschaft gehörig bezeichnet wird. In Art. 5 ist von dem Antheil „an deme in ihrem gesammten Haußhaben gewunnen Gut", in Art. 6 von „der gemainen Gewinnung" die Rede, während Art. 10 den später zu erörternden Fall der Errungenschaftsgemeinschaft bei gemeinschaftlichem Gewerbs- und Handelsbetriebe behandelt. Positiv hat sonach das alte Landrecht 1) das Einkommen aus den Gü-

21) Es ist, wie B. Schmid zu art. 1 l. c. Nr. 85 bemerkt, hiezu matrimonium consummatum nicht nothwendig „. . . non dubitemus, si ejusmodi conjuges in coelibatu manere et instar fratris et sororis simul cohabitare velint quin hujus portionis statutariae capaces sint."

tern der Eheleute, 2) das durch den Fleiß beider Eheleute gemeinschaftlich Eroberte als Bestandtheile der Errungenschaft bezeichnet; das neuere Landrecht in Th. I. cap. VI. §. 20 hat dagegen zu 1) das, was die Eheleute von ihren Einkünften ersparen, mit Hinweglassung der Beschränkung aus den Gütern, zu 2) übereinstimmend mit dem älteren Rechte das, was die Eheleute durch gemeinschaftlichen Fleiß oder Mitwirkung erringen, angegeben. Die negative Begriffsbestimmung ist im neuern Landrechte etwas weitläufiger gezeichnet, indem sie als nicht hieher gehörig nennt: „was einem Ehegatten allein schon vor der Ehe zugehörig gewest oder erst währender Ehe durch Erbschaft, Schankung, Vermächtniß oder sonst ohne Zuthun und Mitwirkung des andern Ehegatten zugegangen ist." Eine zweite Verschiedenheit zeigt sich in der Auffassung der rechtlichen Qualifikation der Errungenschaftsgemeinschaft. Im älteren Landrecht herrscht die Auffassung, daß nach Trennung der Ehe erst das Recht der Ehegattinn auf einen Antheil an der Errungenschaft sichtbar werde und sie kraft des Gesetzes oder ex statuto einen Antheil an derselben erhalte. Während der Ehe ist, wie B. Schmid ad tit. I. art. 1 Nr. 30 ausführt, eine Gemeinschaft weder sichtbar noch vom Gesetze ausgesprochen. Schmid stützt sich hiebei auf den Wortlaut des Art. 1, in welchem gesagt wird, daß im Falle des Vorabsterbens des Ehemanns bei unverdingter, mit Kindern gesegneter Ehe der Ehefrau ein Theil Errungenschaft „soll geben werden." Auf diese Worte des Gesetzes fußend, deduzirt B. Schmid, daß die Ehefrau nicht als consocia erscheine, daß sie vielmehr ein Successionsrecht ex statuto in den gesetzlich bestimmten Antheil der Errungenschaft und deßhalb auch nicht die dem Sozietätsverhältnisse entsprechende actio communi dividundo sondern condictio ex statuto vel lege habe. Auch in Art. 5 u. 6 des ältern Landrechts ist lediglich die Bestimmung des Art. 1 zu Grunde gelegt. Ganz bestimmt äußert sich dafür, daß nur ex lege der Ehefrau nach Trennung der Ehe ein Theil der Errungenschaft gegeben werde, Balthasar, practicae resolutiones (1651) Tit. I. resol. 1 Nr. 85 u. 86 und wenn er auch in n. 69 von einer „societas *quaedam* particularis tacita" nebenher spricht, so tritt er doch entschieden der Anschauung B. Schmids bei, daß die Ehefrau nicht als socia in Bezug auf die Errungenschaft erscheine. Im Landrecht

von 1756 ist aber eine andere Auffassung herrschend geworden und bemüht sich B. Kreittmayr vergeblich auszuführen, daß B. Schmid das ältere Landrecht irrig interpretirt habe, und daß das neue mit dem ältern Landrechte völlig übereinkomme. Würde von Kreittmayr die Aeußerung Balthasar's in n. 85 u. 86 cit. beachtet worden sein, so hätte er sich zu der Polemik gegen B. Schmid in den annot. ad §. 32 Th. I. cap. VI. gewiß nicht auf Balthasar als Gewährsmann für die Interpretation des alten Landrechts berufen. Der Grund zu der angefochtenen Bemerkung liegt darin, daß im neuern Landrechte verschieden vom ältern in §. 32 l. c. eine partikulare Gütergemeinschaft vom Momente der Eingehung der Ehe hinsichtlich der Errungenschaft statuirt und dieselbe, insoweit nicht gesetzliche Anordnung oder Geding Abänderungen trafen, den Regeln der societas unterworfen wird. Im ältern Landrechte ist sonach der Begriff der portio statutaria, im neueren der der partikularen Gütergemeinschaft der Errungenschaftsgemeinschaft zu Grunde gelegt worden.[22]

In seiner Revision der bisherigen Theorie der ehel. Gütergemeinschaft hat Hasse S. 196 u. ff. den gelungenen Versuch gemacht, nachzuweisen, daß die Aufstellung eines positiven Begriffes der Errungenschaft immer etwas Mißliches habe, und daß der negative Begriff vollkommen genügend erscheine. Ziehe man nämlich dasjenige Vermögen, welches den Eheleuten schon bei Eingehung der Ehe zustand, ab, so bleibe dasjenige übrig, wodurch stante conjugio das Vermögen vermehrt wurde. Von den neuen Rechten, welche das Vermögen vermehrten, müßten auch diejenigen abgezogen werden, welche während der Ehe durch Geschenk, Nachlaß auf die Ehegatten kommen (bona adventitia), dann bleibe als Rest des Vermögens das durch collaboratio beider Ehegatten Erworbene übrig, welches eben die Errungenschaft bilde. Gegen alle positiven Aufstellungen wendet er ein, daß trotz der ausführlichsten Classifizirung sie Unbestimmtheit nicht vermeiden ließen. Im bayer. Landrecht geht nun, wie bemerkt,

---

22) Sehr wichtige Folgen werden in dem nächsten Paragraph zu entwickeln sein. Die geschichtliche Entwicklung der portio statutaria und der part. Gütergemeinschaft betreffend, vgl. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Band III. §. 451, Band IV. §. 568.

neben der positiven Ausstellung die negative, so daß die erste zur Exemplifikation, die zweite zur Begrenzung dient und die Ausscheidung des Ungehörigen möglich macht. Folgen wir der gesetzlichen Terminologie, so gehört 1) zur Errungenschaft, was die Eheleute von ihren Einkünften ersparen und 2) was sie durch gemeinschaftlichen Fleiß und Mitwirkung erringen. Würde die negative Begriffsbestimmung nicht nachfolgen, so müßte offenbar der Begriff Einkünfte Schwierigkeit machen. Es können zwar Einkünfte nicht jene Früchte des gemeinschaftlichen Fleißes sein, die so eben unter Ziff. 2) erwähnt wurden, wohl aber könnten hieher solche Produkte gerechnet werden, die eben scheinbar durch die negative Begriffsbestimmung wieder ausgeschlossen werden, also die Früchte aus dem ererbten, geschenkten, nachgelassenen oder durch einseitige Thätigkeit eines Ehegatten erworbenen Vermögen. Sollen nun die Früchte aus diesen nicht zur Errungenschaft zählenden Capitalien, um mich so auszudrücken, dem Capitale als accessoria folgen oder sollen sie zur Errungenschaft zählen? Nach dem alten Landr. Tit. I. art. 1 kann die Beantwortung dieser Frage nicht zweifelhaft sein, weil es ausdrücklich das Vermögen hieher rechnet, das beide Eheleute von dem Einkommen ihrer Güter erspart haben, ohne hiebei auszuscheiden, ob diese Ersparniß aus gemeinschaftlichen oder Sondergütern stamme, anderseits diesem Vermögenstheile entgegenstellt, was sie durch eignen Fleiß erobert haben. Offenbar können hier die Einkünfte aus den Gütern nichts Anderes sein als gerade die proventus ex bonis adventitiis et communibus. Und im neuen Landrecht? Obgleich die sehr sorgfältig gewählte Ausdrucksweise des älteren Landrechts nicht zweckmäßig abgeändert, statt Einkommen aus den Gütern allgemein Einkünfte gesetzt und dadurch die Unterscheidung von dem collaboratione Erworbenen erschwert wurde, kann nur ganz dasselbe unter die Rubrik: Einkünfte gestellt werden, was im alten Landrechte als Einkommen aus den Gütern auftrat. Daß die Einkünfte aus ohnedieß gemeinschaftlichen Gütern zu der Errungenschaft zählen, versteht sich argumento a minori ad majus von selbst. Nach dem Publikationspatent zum Landrecht dd. 2. Jan. 1756 ist der cod. civ. eine Revision des alten Landrechts und ist sohin entweder jus novum oder repetitum vel declaratum; auch sollen dubia juris, welche sich ex

mente vel verbis legis nicht füglich heben lassen, nach gemeinen geschriebenen natürlichen und andern ehemaligen Rechtsprincipiis entschieden werden. Einkünfte sind hienach und ganz in Uebereinstimmung mit den Kreittmayr'schen Annotationen zu §. 20 ebenso wie im Landrechte von 1616 als die Früchte aus den Gütern der Ehegatten sowohl der einem als beiden Ehegatten gemeinschaftlichen Güter im Gegensatze zu den Ersparnissen aus gemeinschaftlicher Arbeit zu definiren. Unrichtig ist aber, wenn Kreittmayr in den annot. ad h. l. Ziff. 2 Salaria und Amtsnutzungen unter die Einkünfte rechnet, da diese unter die ex collaboratione fließende Errungenschaft zu rubriziren sind; dagegen ist richtig, wenn er unter die Einkünfte rangirt das aus dem Einkommen der beiderseitigen Güter Ersparte „ohne Unterschied, ob das Vermögen, wovon die ersparte fructus abgefallen seie, in Eigen-, Lehen-, Fideikommiß-, Paraphernal-, Rezeptiz- oder andern immer erdenklichen Gütern bestehe."

Anlangend die zweite Classe von Errungenschaftsgütern, so ist hier der gemeinschaftliche Fleiß, die gemeinschaftliche Mitwirkung das Criterium. Hier muß der negative Begriff helfend an die Hand treten. Denn bei manchen Errungenschaftsbestandtheilen, die offenbar der zweiten Categorie angehören, fällt das Criterium der Mitwirkung nicht genug ins Auge, während es denn doch vorhanden ist. Kreittmayr kömmt durch den Umstand in Verlegenheit, daß ihm der Begriff: Einkünfte, der im alten Landrecht deutlich war, durch die ungenaue Fassung des neuen Landrechts unklar geworden ist. Er sagt, von den bereits erwähnten salariis und Amtsnutzungen l. c. sprechend, die er nicht wie gebührend als Collaborate, sondern als Einkünfte betrachtet, was folgt: „. . . macht auch kein Hinderniß, daß die Ehefrau nichts dabei cooperirt, dann die Mitwirkung ist obverstandener Massen nur in bemeldten acquisitis von letzterer (Collaboration), nicht aber von erster Gattung (Früchten aus Gütern oder Einkünften) erforderlich, zu geschweigen, daß die Frau ihres Orts genug thut, wann sie dasjenige, was der Mann allein erworben hat, conserviren hilft." Diese Motivirung ist nun freilich unrichtig, wie es auch unrichtig ist, daß die salaria im Sinne des Landrechts Einkünfte seien. Der Grund davon, daß spezielle Mitwirkung der Ehegattin bei den Amtsnutzungen oder Salarien nicht nöthig ist, liegt

ganz allein darin, daß ohne die häusliche Thätigkeit, d. i. die Mitwirkung der Ehefrau die Salarien nicht dem ehelichen Leben und Hauswesen zugewendet werden könnten, sondern für die Lebsucht des Ehemanns allein verbraucht werden müßten. Die Gewinnung derselben für den Haushalt erfolgt sonach wesentlich durch die Ehefrau mit, gewissermaßen nach dem nationalökonomischen Prinzipe der Arbeitstheilung. Derselbe Gesichtspunkt wird vielfältig im Leben auch bei anderem Erwerbe Anwendung finden. Bestünde übrigens gleichwohl noch ein Zweifel, so würde dieser dadurch beseitigt, daß bei Salarien und Amtsnutzungen der negative Begriff Anwendung findet, der bereits genügend gezeichnet wurde. Daß die Früchte der Einkünfte oder des durch collaboratio Erworbenen der Errungenschaft ebenso zugeschlagen werden, wie die Surrogate der Errungenschaftsstücke, wenn z. B. ein Landgut aus errungenem Capitale erkauft wird, versteht sich aus allgemeinen Grundsätzen von selbst. Von zweifelhaftem Werthe dürfte aber die Unterscheidung sein, welche Kreittmayr in den annot. l. c. macht, daß alle Acquisita, welche auf beider Eheleute Namen geschehen, zur Errungenschaft zählen. Denn wie Kreittmayr a. a. O. selbst zugibt, soll der Simulation hiedurch kein Raum gegönnt werden. Wenn nun der Nachweis geliefert zu werden vermag, daß die Angabe des Namens eine simulirte war, daß die Erwerbung nicht von beiden Eheleuten, nicht mit beiderseitigen oder Errungenschaftsmitteln geschah, so wird die Namensangabe nichts helfen. Durch bloße Angaben kann die Natur der Rechtsverhältnisse nicht verändert; es kann in concreto eine unstatthafte Schankung oder Zuwendung hiedurch nicht zur erlaubten gestempelt werden.

Im Vorstehenden ist lediglich aus den Bestimmungen des neuen und alten Landrechts der Begriff der Errungenschaft festgestellt worden. Derselbe fällt vollkommen mit jener Aufstellung zusammen, welche von den deutschen Rechtslehrern gemacht wird. Eichhorn, Einl. in das d. Pr.-R. §. 311 läßt ganz übereinstimmend mit dem bayer. Landrechte die deutschrechtliche Errungenschaft das Vermögen umfassen „welches durch den beiderseitigen Fleiß der Ehegatten und die Ersparnisse aus den Nutzungen des jedem derselben eigenen Gutes zusammengebracht worden ist.“ Kraut, die Vormundschaft nach Grundsätzen des deutschen Rechts II, S. 337 lehrt: „Wie schon der Name

Errungenschaft oder Eroberung andeutet, gehört zu derselben Alles, was die Ehegatten durch ihre Arbeit während der Ehe erwerben, außerdem werden aber auch dazu gezählt alle Früchte aus ihrem Vermögen."

Nach dem bestimmten Ausdrucke des bayer. Landrechts ist jedenfalls „Zuthun und Mitwirkung des andern Ehegatten" erforderlich, wenn auch nicht, wie die Erörterung bezüglich der salaria und Amtsnutzungen gezeigt hat, zu dem gerade von dem Einen Ehegatten allein getriebenen Erwerbsgeschäfte, so doch in dem Sinne, daß die Frau durch Führung des Haushalts (oder der Mann durch Ueberwachung und Leitung desselben oder durch von ihm bezahlte Dienstboten) dem andern Ehegatten es möglich mache, sich seinen Geschäften ungetheilt zu widmen und den Erwerb zu ersparen. Wenn auch im bayerischen Landrechte Zuthun und Mitwirkung verlangt wird, so gilt doch auch hier, was Kraut l. c. verlangt, daß nämlich bei dem Arbeitserwerb der Ehegatten keineswegs ängstlich unterschieden werden darf, was der Mann und was das Weib durch ihre Arbeit erworben haben, und daß die Kräfte und die Geschicklichkeit der Ehegatten und ihr beiderseitiges Vermögen gewissermassen als ein Fonds angesehen werwerden, welcher für den Ehestand arbeitet.

Hienach kann nur zugestimmt werden, wenn in der im Archiv f. oberstr. Entsch. von Seuffert Bd. X. Nr. 59 mitgetheilten Lübecker Entscheidung ein Lotteriegewinn während der Dauer der Ehe als zur Errungenschaft gehörig bezeichnet wird. [23]) Dagegen verdient keinen Beifall die Entscheidung aus Darmstadt, Bd. VI. Nr. 48 ibid., wonach der Erwerb oder Gewinn aus dem eheweiblichen Rezeptizgute als nicht in die eheliche Errungenschaft fallend erklärt wird. [24])

---

23) Anderer Ansicht Gerber d. Pr.-R. §. 232 Nota 2. Allein der Lotteriegewinn ist eine Frucht des Gutes und bei diesen wird nie unterschieden, ob sie von ursprünglich eheherrlichen oder eheweiblichen Gütern kommen.

24) Brackenhorst in Weiske's Rechtslexikon s. v. Güterrechte der Ehegatten IV., S. 934 bemerkt richtig: Uebrigens führt die Errungenschaftsgemeinschaft keine Pflicht der Ehegatten mit sich Erwerb zu machen oder ihr Sondergut zu dem gemeinsamen Erwerbe zu benutzen. Die allegirte Abhandlung zählt zu dem Besten, was über diese Materie geschrieben wurde.

§. 35. Die rechtliche Natur der Errungenschaft während der Dauer der Ehe.

Zum Verständnisse des bayerischen Landrechts in der gedachten Beziehung sind zwei Punkte festzuhalten: 1) daß das Errungenschaftsgut, insoweit der Antheil der Ehefrau in Frage steht, bonum paraphernale sei, Landr. Th. I. cap. VI. §. 23 Nr. 3, 2) daß auf das Verhältniß der Errungenschaftsgemeinschaft, insoweit nicht durch spezielle, giltige Verträge Abänderungen getroffen worden sind, die allgemeinen Regeln der societas Anwendung zu finden haben, Landrecht l. c. §. 32 quarto. Aus der Paraphernalqualität des ehefräulichen Errungenschaftsantheils ergibt sich die Beschränkung der eheherrlichen Disposition nach Landr. l. c. §. 26 einerseits, anderseits aber die Folge nach §. 22 ibid., daß dem Ehemanne am ehefräulichen Errungenschaftsantheil die Verwaltung und Nutznießung zusteht. Inwieferne sich der Widerspruch zwischen der Beschränkung der Veräußerungsbefugniß und der eheherrlichen Verwaltung lösen lasse, vgl. oben §. 15. Während der Dauer der Ehe wird derselbe vorzugsweise dann hervortreten, wenn ein Ehetheil zum Schaden eines dritten Contrahenten sich auf die ermangelnde Veräußerungsbefugniß berufen will. Es hat z. B. ein Ehemann ein errungenschaftliches Immobile veräußert und nun beruft sich nachträglich ein Ehetheil auf die fehlende Einwilligung der Ehefrau und ihr Antheilsrecht. In einem solchen Falle ist in einem in Seufferts Archiv für oberstr. Entsch. Band VII. Nr. 330 mitgetheilten oberstr. Erkenntnisse aus dem Verwaltungsrechte des Ehemanns dessen Befugniß zur Veräußerung anerkannt worden. Nach bayer. Landrechte wird sich in Rücksicht auf §. 26 cit. das Einspruchsrecht der Ehefrau unter den dort aufgeführten Beschränkungen nicht in Abrede stellen lassen, allein geltend muß dasselbe immerhin gemacht werden, da außerdem der Ehemann als Verwalter zulässig disponirt haben würde. Anderseits wird der Ehefrau eben wegen des ihr entzogenen Verwaltungsrechts die Veräußerung nicht gestattet werden können, falls der Ehemann nicht konsentirt. Die rechtliche Natur der Gesellschaft, welche in Bezug auf die Errungenschaft besteht, ist nach Landrecht l. c. §. 32 vgl. mit Landr. Th. IV. cap. VIII. §. 1 primo die der societas bonorum particularis, wobei jedoch vertragsmäßiger Abänderung freier Spielraum gelassen ist.

§. 36. Objekte der Errungenschaftsgemeinschaft.

Nach dem Begriffe der Errungenschaft, den wir in positiver und negativer Beziehung oben aufgestellt haben, befinden wir uns in der Lage, für das bayerische Landrecht in vielen Beziehungen die reiche Ausbeute benutzen zu können, welche in der Theorie und Praxis des gemeinen deutschen Rechts und vieler Partikularrechte gerade in Hinsicht auf die Objekte der Errungenschaftsgemeinschaft vorliegt. Jedoch wird hier die Beachtung der Regel unsers Landrechts, daß bei Ermanglung vertragsmäßiger Festsetzung die Sozietätsnormen maßgebend sind, immer geboten sein. Zweckmäßig werden hier jene Vorschriften vorausgeschickt, die aus diesem Kapitel hieher gehören. Es sind dieselben in Landr. Th. IV. cap. VIII. §. 4 tertio, quarto et quinto enthalten und lauten: „Jeder Compagnon ist schuldig . . . . zu conferiren in societate particulari aber 3tio nur dasjenige allein, worüber man sich accompagnirt hat, mit Ausschluß aller anderwärts herkommend- und in Ansehen der Compagnie nicht acquirirter Habe. Hiernächst kommt aber auch 4to in Collation und gemeinschaftliche Einnahm aller von obverstandenen Hauptgut und fundo communi abfallender Nutzen und Profit wie nicht weniger 5to was entweder die ganze Compagnie zusammen, oder nur einer aus ihnen mittels gemeinschaftlichen Geld und Guts erkauft oder sonst beischafft, ohne Unterschied, ob er dieses für sich oder im Namen der ganzen Compagnie gethan hat." An diese Bestimmungen muß hier die Erinnerung aus §. 34 oben geknüpft werden, daß Zuthun und Mitwirkung der Ehegatten bei jenem Theile des Errungenschaftsvermögens nicht fehlen darf, der nicht die Früchte und Nutzungen des jedem Ehegatten oder beiden zugleich gehörigen Vermögens einschließt, also bei dem Errungenen, Eroberten (durch Fleiß oder Thätigkeit) im engern Sinne. Im Lichte dieser Bestimmungen erscheinen unzweifelhaft als zur Errungenschaft gehörig

1) Civil- und Naturalfrüchte des Vermögens beider Ehegatten; bei Auflösung der Gemeinschaft jedoch nur die bereits separirten Naturalfrüchte [25]).

---

25) Vgl. Roth und Meibom l. c. §. 108 Nota 4.

2) Der Erwerb aus der Beschäftigung beider Ehegatten, vorausgesetzt, daß mindestens der eine Ehegatte durch seine Mitwirkung es dem andern ermöglicht, sich gewinnbringender Beschäftigung hinzugeben. So wird die Ehefrau des Beamten, des Arzts, des Advoten, des Handwerkmanns, die dem Haushalte vorsteht, eben hiedurch berechtigt, sich als mitwirkend zu betrachten. Wäre sie nicht thätig, so würde nicht nur der gewinnbringende Erwerb des Ehemanns gestört, vielleicht, wenn er die Sorgen um Erziehung und Aufsicht mitzutheilen hätte, unmöglich gemacht, der Gewinn der Beschäftigung müßte auf Ausgaben für Haushälterinn, Erzieherinn u. dgl. verwendet werden.[26]) Ueber die Heranziehung der Besoldung des Ehemannes war schon oben zu sprechen; ebenso versteht sich das Gleiche für den Fall, daß die Ehefrau ein Gewerbe betreibt, vgl. Mittermayer d. Pr.-R. VI Aufl. §. 408 Nota 18.

3) Von Wichtigkeit ist die Frage, ob das was die Eheleute während der Ehe gekauft haben, in die Errungenschaft falle.[27]) Nach der landrechtlichen Bestimmung oben §. 4 quarto kommt zwar nichts darauf an, ob das Erkaufte von einem oder beiden Ehegatten oder ob es auf eines oder beider Namen erkauft worden sei, wohl aber darauf, ob es aus dem gemeinschaftlichen Geld und Gut erkauft worden sei. Es ist hier der in verschiedenen deutschen Partikularrechten adoptirte sogenannte Grundsatz der Surrogate geltend.[28]) Die Untersuchung, aus welchen Mitteln, ob aus Sonder- oder verbundenen Gütern erkauft wurde, kann zu Streit und schwierigem Beweisverfahren führen. In legislativer Beziehung ist die Schwierigkeit dieser Ausscheidung mit Recht als Grund für die Bevorzugung der allgemeinen Gütergemeinschaft vor der bloßen Errungen-

26) Man muß in dieser Beziehung geneigter sein, die Mitwirkung der Ehefrauen anzuerkennen, als B. Schmid ad tit. I. art. 1 Nr. 45, der die Ehefrauen der illustres et nobiles und sogar die der consiliarii, doctores, advocati und judices, wie er selbst zugesteht, gegen den Wortlaut des ältern Landrechts von der portio statutaria an der Errungenschaft ausschließen möchte.

27) Dieselbe kann nicht allgemein bejaht werden, wie dieß Pfizer, Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bei einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer Th. I. S. 178 thut.

28) Vgl. Maurenbrecher d. Pr.-R. §. 505 (I. Aufl.)

schaftsgemeinschaft aufgeführt worden. [29]) Allein unser Landrecht zeichnet die aufgeführte Ausscheidung bestimmt vor.

4) Ebenso gehören hieher Lotteriegewinnste, die während der Ehe gemacht wurden, s. oben, Leibrenten, Lebensversicherungskapitalien, da dieselben nicht aus Kapital, sondern aus Einkünften mittelst Prämienzahlungen erworben zu werden pflegen. Etwas anderes müßte dann angenommen werden, wenn eine Leibrente oder ein Lebensversicherungskapital durch eine einmalige Zahlung, d. i. durch Hingabe eines Kapitals erworben würde. Hier würde wieder die obige Ausscheidung einzutreten haben.

5) Aktivkapitalien, welche während der Ehe angelegt wurden, gehören je nachdem sie aus Sonder- oder errungenschaftlichem Gute nachweislich angelegt wurden, zum einen oder andern.

6) Sachen, die ein oder der andere Ehegatte durch Verjährung, Vergleich über Sondergutsobjekte oder Judikat erwirbt, sind dahin zu rechnen, wohin sie vor deren Eintritt gehörten. War der Rechtstitel, aus welchem z. B. ein Kapital, das zugesprochen wird, gehörte, der der Erbschaft, oder wurde über ein Rechtsverhältniß transigirt, das nur das Sondergut angeht, oder bezieht sich die verjährende Erwerbung einer Berechtigung auf ein Rezeptizgut, so fallen die hieraus fließenden Gewinnste nicht in das Errungenschaftsvermögen. Lauterbach dissert. de societate bon. conjug. cap. VI. §. 11. [30])

---

29) Vgl. Schmitthenner, deutsches Güterrecht der Ehegatten, im Anhange S. 353.

30) Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft S. 208—216 bemüht sich gerade den Erwerb aus Vergleich recht genau zu unterscheiden. Er distinguirt Errungenschaft ohne und mit Sozietät. Für den ersten Fall bleibt ihm nach Ausscheidung alles hieher nicht Gehörigen nur übrig: der Ehegatte habe für den Streitabstand etwas erhalten, dieses Gut soll nun immer für errungen gelten. Bei Errungenschaft, welche durch die eheliche Sozietät constituirt wird, soll es nicht allein darauf ankommen, ob ein neues Vermögen entstanden, sondern ob das alte, die Illaten, durch den Vergleich verbessert oder zu Sozietätszwecken vermindert und verschlechtert worden ist, da nämlich der Verlust oder Gewinn im Ganzen durch Berechnung des Verlustes und Gewinnes im Einzelnen summirt wird. Er schließt seine Erörterung mit der Bemerkung: „Wenn daher ungewisse Rechte gegen gewisse oder gegen ebenfalls ungewisse aber nun zugestandene aufgegeben wurden, so ist nicht anders herauszukommen, als daß nach billigem Ermessen der

Bei zuerkannter Hauptsache kann aber eine Unterscheidung nothwendig werden zwischen den Nutzungen, die vor und nach der Eingehung der Ehe abfallen, so daß die ersteren zum Sonder- die zweiten zum errungenen Gute zu zählen sind.

7) Wenn der Erwerb eines Ehegatten sich bloß als Erfüllung eines schon vor Eingehung der Ehe abgeschlossenen Vertrags darstellt, so kann je nach den Umständen des Falles Tradition in Folge der Vertragserfüllung errungenes Gut erzeugen, falls der Vertrag in den Kreis jener Erwerbshandlungen fällt, die gemeinsame Thätigkeit betreffen, oder auch Sondergut, wenn er sich lediglich auf solches bezog. Es läßt sich nicht allgemein behaupten, daß die Tradition auf Grund eines vor Eingehung der Ehe abgeschlossenen Vertrags Sondergut erzeugen müsse. Es kann der Vertrag, welcher vor Eingehung der Ehe abgeschlossen wurde und der einen Dritten ad dandum verpflichtet, auf Seite des Ehegatten eine Pflicht ad faciendum betreffen, die in den Kreis der Errungenschaftsgemeinschaft fällt. [31])

8) Bei bedingten Rechtsgeschäften wird von Pfizer a. a. O. S. 204 lit. f. in folgender Weise unterschieden. Wenn eine Sache schon vor der Ehe unter einer Bedingung erkauft wurde, diese Bedingung aber erst während der Ehe eintritt, so soll bei einer conditio casualis die Erwerbung zurückbezogen, also zum Sondergut gehörig erachtet werden, bei einer conditio potestativa die Erwerbung als innerhalb der Periode der Errungenschaftsgemeinschaft geschehen, in diese fallend anzusehen sein. [32]) Gegen diese Ausscheidung ist auch nach den Bestimmungen unseres Landrechts nichts zu erinnern.

9) Sind an den Sondergütern beider Ehegatten aus den Einkünften ihres beiderseitigen Vermögens Meliorationen gemacht wor-

---

Werth der größern oder mindern Wahrscheinlichkeit, daß das ungewisse Recht dennoch werde realisirt werden, so zu sagen, der Hoffnung mit dem Werth des dafür zugestandenen Rechts verglichen werde. Da die hierbei zu erwartenden Schwierigkeiten aber oft gar nicht zu heben sein werden, so muß dann weder Gewinn noch Verlust angenommen werden." Zur Empfehlung des Prinzips der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft wird diese Aeußerung, wenn es sich de lege ferenda handelt, nicht dienen.

31) Hienach kann den in dieser Beziehung streitigen beiderseitigen Aufstellungen vgl. Roth und Meibom l. c. Nota 14 nicht beigepflichtet werden.

32) Vgl. Reyscher, gemeines u. württ. Priv.-R. §. 559 Nota 4.

den, so bleiben diese bei ihrer Hauptsache, allein das Errungenschaftsvermögen darf hiedurch nicht geschmälert oder beeinträchtigt werden. Wenn freilich die Meliorationen ihre Ausgleichung zu Gunsten der Errungenschaft durch erhöhten Ertrag gefunden haben, dann bedarf es keiner weitern Gutrechnung. Ist dieses aber nicht der Fall, so muß der Ersatz für den zu Nutzen des Sonderguts gemachten Aufwand an die Errungenschaft geleistet werden. [33]) Auch hier wieder ein Beispiel, zu welch erheblichen Inkonvenienzen und Streitigkeiten die Ausscheidung des Sonderguts und der Errungenschaft führen kann.

10) Auch für das bayerische Landrecht ist anzunehmen, daß ein von zwei Verlobten gemeinschaftlich erkauftes Gut in der Regel und wenn dießfalls nicht besondere Bestimmungen getroffen wurden, der ehelichen Errungenschaft beizuzählen sei. Die Rücksicht auf die nachfolgende Ehe muß hier die bereits geschehene Eingehung ersetzen. [34]) Ergibt sich bei solchem Gute später bei verändertem Güterwerthe ein Mehrerlös über den Ankaufspreis, so ist dieß ein errungenschaftlicher Gewinn, an welchem die Eheleute resp. ihre Rechtsnachfolger nicht nach Verhältniß der zum Einkaufspreis beiderseits geleisteten Beiträge, sondern nach Maßgabe der Regeln der Errungenschaftscommunion partizipiren. [35]) Die entgegengesetzte Ansicht wird a. a. O. Bd. VIII. Nr. 57 S. 88 in verschiedenen Erkenntnissen ausgesprochen. Wenn nämlich die Eltern eines Verlobten diesem und dem andern Mitverlobten ein Gut um einen bestimmten Anschlagspreis gemeinschaftlich überlassen haben, so soll dieses Gut nach vollzogener Ehe zu dem von beiden Verlobten nach ihren Antheilen an demselben eingebrachten Vermögen, nicht aber zur Errungenschaft gehören. Nach bayer. Landr. ist dieser Ansicht nicht beizustimmen. Die Ueberlassung um einen Anschlagspreis geschah an beide Verlobte gemeinschaftlich ohne besondern Vorbehalt; es haben also beide Verlobte gemeinschaftlich gekauft und treffen somit die Regeln des Ldr. über den Kauf aus gemeinschaftlichem Gute mit der Norm über die Errungenschaftsgemeinschaft zusammen.

---

33) Vgl. Reyscher l. c. §. 560 Nota 5.

34) Vgl. Seuffert Archiv f. oberstr. Entsch. Bd. I. Nr. 73.

35) Vgl. Seuffert l. c.

11) Was ex acquaestibus communibus von Neuem angeschafft worden, tritt als Surrogat an die Stelle der Errungenschaft. Anm. zum Ldr. Th. I. cap. VI. §. 20 Nr. 2. Der Nachweis der bezüglichen Thatsache darf selbstverständlich nicht fehlen.

§. 37. Rechte des Ehemanns am errungenen Vermögen.

Insoweit es sich um Vermögen handelt, welches aus einer Acquisitionshandlung beider Ehegatten zusammen oder des Ehemanns allein, z. B. aus Perzeption von Früchten und Zinsen oder dem Betriebe eines Gewerbs, gekommen ist, dürfte es klar sein, daß der Ehemann kraft seiner potestas maritalis wie entsprechend der allgemeinen Regel über den Eigenthumserwerb disponirt. Der Ehemann hat die Administration und Nutznießung, aber nicht bloß hieran, sondern auch an jenem errungenen Gute, welches die Ehefrau allein z. B. durch Betreibung eines Kleidermachergewerbs „erobert" hat. Es bedarf hiezu nicht erst der Cession oder Tradition, da kraft des Gesetzes, wie bereits gezeigt, die Errungenschaft als Paraphernalvermögen erklärt, an diesem aber dem Ehemann kraft des Gesetzes Administration und Nutznießung eingeräumt ist. Die Bestimmung in Landr. Th. IV. cap. VIII. §. 4 in fine steht nicht in Widerspruch mit Landr. Th. I. cap. VI. §. 22. Denn wenn in letzterer die Verwaltung und Nutznießung alles Paraphernalguts, sofern nicht durch Vertrag Abweichung beliebt wurde, ipso jure dem Ehemann zugestanden wird, so will die erstgedachte Bestimmung, welche bei der societas particularis Uebergabe oder Cession fordert, die freilich auf Begehren nicht verweigert werden kann, doch nur unter gleichzeitiger Anwendung des Ldr. Th. IV. cap. VIII. §. 3 verstanden werden, der besagt, daß die Regeln über Association nur soweit zur Richtschnur dienen, als nicht anders verordnet ist. Der Ehemann hat sonach Dispositionsbefugniß, wie am Paraphernalgute und muß auf die Ausführung hierüber verwiesen werden.

§. 38. Rechte der Ehefrau am errungenen Vermögen.

Nach §. 22 cap. VI. Th. I. des Landrechts bleibt die Ehefrau Eigenthümerin ihrer Paraphernalgüter. Obgleich nun das Errungenschaftsvermögen, insoweit es von der Ehefrau Collaboration oder

von den Erträgnissen ihrer Sondergüter herrührt, zu dem Paraphernum gerechnet wird, §. 23 tertio des Landr. l. c., so kann man doch nicht sagen, daß die Frau Alleineigenthümerin bleibt. Das Gesetz hat in §. 32 bei diesen Gütern Gütergemeinschaft angeordnet, bei welcher nach unsern frühern Erörterungen nicht Alleineigenthum eines, sondern Miteigenthum beider Ehegatten am gemeinschaftlichen Gute eintritt. Condominium und compossessio der Ehefrau werden nun freilich in sehr erheblicher Weise modifizirt durch das dem Ehemanne in Folge seiner Verwaltung und Nutznießung zustehende Dispositionsrecht. Die Ehefrau kann ohne eheherrliche Zustimmung Bestandtheile der Errungenschaft dem Ehemanne nicht entziehen; es hat der Ehemann das Recht, die veräußerten Gegenstände zurückzufordern.[36] Die Veräußerung ist nur eine relativ nichtige, d. h. zwar von Seite der Frau nicht anfechtbare, wohl aber von Seite des in seinen Rechten verletzten Ehemanns.[37] Als Verwalterin des Haushaltes übt die Ehefrau die sogenannte Schlüsselgewalt; auch hier bezieht sich das Dispositionsrecht der Ehefrau nicht bloß auf errungenes, sondern das gesammte beiderseitige Sonder- und gemeinschaftliche Gut. Das bayer. Landrecht hat die Rechte der Ehefrau am Mitgenusse und Mitgebrauche des beiderseitigen Sonder- und gemeinschaftlichen Guts nicht näher normirt. Allein die deutsche Sitte hat der Ehefrau im innern Hauswesen eine selbständige Stellung angewiesen, die vom Rechte respektirt wird, insoweit der nach Stand, Gewerbe, den Vermögensverhältnissen und der Persönlichkeit beider Ehegatten begrenzte Wirkungskreis nicht verlassen wird.[38] Die Rechte der Ehefrau an die Errungenschaft treten vorzugsweise bei Auflösung

---

36) Kraut Vormundschaft Bd. II. S. 401.

37) Weiteres hierüber s. oben §. 16.

38) Vgl. Runde eheliches Güterrecht §. 41. Sehr richtig wird von Runde a. a. O bemerkt, daß als Stellvertreterinn des durch Abwesenheit, Krankheit, Geistesschwachheit, Prodigalitätserklärung oder sonst in der Verwaltung gehinderten Mannes die Frau von selbst nicht weiter eintreten könne, als jeder andere negotiorum gestor, da es an einem Rechtsgrunde fehle, um anzunehmen, das vereinte Gut gehe durch solche Umstände ipso jure aus der Hand des Mannes in die ihrige über, oder es zweie sich das Vermögen, und das Vermögen der Frau falle, von der Hand des Mannes frei, an sie zurück.

der Ehe, sei es durch Tod oder Scheidung hervor und werden zweckmäßig weiter unten berücksichtigt, je nachdem der eine oder andere Auflösungsgrund in Frage steht.

§. 39. Schulden der Ehegatten, welche in Errungenschaftsgemeinschaft stehen.

Man wird in dieser Materie erst dann klar sehen, wenn man zwei Fälle scheidet, nämlich 1) den Fall, daß die Resultate des beiderseits errungenen Vermögens hinreichen, die Schulden, welche abgesehen von der Errungenschaftsgemeinschaft oder auch in Rücksicht auf dieselbe erwachsen sind, zu bezahlen, 2) den Fall, daß die Errungenschaft nicht hiezu hinreicht und Schulden des Errungenschafts- oder Sondervermögens aus dem Errungenschaftsgute nicht bezahlt werden können. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gibt es keine Sondergüter; hier haften beide Ehegatten für alle, selbst für die vorehelichen Schulden mit ihrem Gesammtvermögen in solidum.[39] Soweit geht nun die Haftung bei der Errungenschaftsgemeinschaft nicht. Diese ist und bleibt eine societas bonorum particularis in Betreff der oben näher bestimmten Vermögenstheile. Neben ihr bleiben Sondergüter der Ehegatten bestehen. Das Landrecht in Th. IV. cap. VIII. §. 5 sagt: „Unter die aus dem gemeinschaftlichen fundo zu bestreitend oder zu conferirende Ausgab gehöret . . . secundo *in societate bonorum simplici* oder *particulari* nur das, was entweder von der ganzen Compagnie, oder auch nur von einem allein, jedoch von Compagnie wegen derselben zum Besten verwendet wird, z. E. bezahlte Compagnieschulden, nothwendige Reparationes gemeinschaftlichen Guts, wie auch 3tio alle daran erlittene Schäden, ausgenommen jene, welche dolo vel culpa lata aut levi eines oder andern Associrtens in particulari verursacht werden, dann diese tragt nicht die gesammte Compagnie, sonder nur, die dergleichen verursachen allein." In Th. I. cap. VI. §. 33 wird bestimmt: „1mo Hat ein Ehegatt für das andere regulariter weder ex delicto noch contractu zu haften, folgende drey Fälle ausgenommen . . . . Zweytens in casu

39) Ldr. Th. IV. cap. VIII. §. 5 Nr. 1 und annot. zu Th. I. cap. VI. §. 33 Nr. 3.

societatis vel communionis bonorum.“ Die erst allegirte Gesetzesstelle führt sofort zur Frage nach dem Begriffe der Compagnieschulden, oder auf unsern Fall angewendet, Schulden der Errungenschaftsgemeinschaft. Dieselbe Eigenthümlichkeit, welche sich bereits bei Definition des Begriffes der Errungenschaft gezeigt hat, nämlich die, daß eine negative Begriffsbestimmung nothwendig wurde, zeigt sich wieder hier. Die Schulden der Errungenschaftsgemeinschaft lassen sich am besten präzisiren, wenn man sie in Gegensatz zu den Sonderschulden bringt. Alle Schulden, welche nicht die Sondergüter der Ehegatten betreffen, sind eben Schulden der Errungenschaftsgemeinschaft. Will man aber gleichwohl ins Detail sich einlassen, so können hiehergerechnet werden jene Schulden, welche mit dem Grunde der Errungenschaftsgemeinschaft d. i. der Ehe selbst in unmittelbarer Beziehung stehen, die ehelichen Lasten. Entsprechend der heutigen Sitte und Rechtsanschauung wird über die ehelichen Lasten von Gerber d. Priv.-R. §. 230 Nota 1 gesagt: „Ehelicher Aufwand, Lasten der Ehe heißt heutzutage nicht bloß der engere Haushalt, sondern was die Ehegatten an Mitteln zur Bestreitung ihres gesammten innern und äußern Lebens bedürfen.“ Das württembergische Privatrecht, welches sowohl in ältern als neuern Gesetzen die Materie der Errungenschaftsgemeinschaft bedeutend entwickelt hat, bietet werthvolle Anhaltspunkte in dem fraglichen Betreffe und wird auf Reyscher, gem. u. württ. Priv.-R. Bd. III. §. 562 verwiesen. Zu den ehelichen Lasten zählen dort die Ausgaben für die Lebensbedürfnisse der Eheleute und zwar nicht bloß die Kosten des täglichen Haushalts, sondern auch der Aufwand für anständiges Vergnügen, sowie Heilungskosten bei Krankheiten; die Auslagen für Ernährung und Erziehung der Kinder; die Ausstattung der gemeinschaftlichen Kinder (worüber jedoch bei uns die besonderen Bestimmungen über Dotationspflicht s. oben); die Auslagen zur Begründung eines ehelichen Erwerbs oder gesellschaftlicher Stellung der Eheleute, namentlich Auslagen für Handwerkszeug u. dgl.; Geschenke, die für eheliche Zwecke oder im Namen beider Ehegatten gemacht werden; der Aufwand für die Unterhaltung und Benützung der beigebrachten Vermögensstücke (jedoch wohl nur dann unsers Erachtens, wenn sie den Ehezwecken zu dienen überlassen werden); der Aufwand für Gewin-

nung, Aufbewahrung und Nutzung der Früchte, insoweit es sich nicht um nachhaltige Verbesserung der Grundstücke des Sonderguts und um den hierauf erflossenen Aufwand handelt; der Aufwand für Unterhaltung und Verbesserung der erworbenen Gegenstände. Die Schulden, welche in Beziehung auf solchen Aufwand gemacht worden sind, dürften auch im Sinne unseres Landrechts als „Compagnieschulden" erscheinen, deren Bezahlung dem errungenen Vermögen zur Last fallen. Die Sonderschulden [40]) dagegen betreffen vorzugsweise den Aufwand, der nicht zu ehelichen Zwecken gemacht ist, sei es, daß er zum besondern Besten des einen Ehegatten gereicht, oder daß er dolo vel culpa Eines Ehegatten veranlaßt worden ist. Vgl. obige Stelle des Ldr. und Reyscher l. c. §. 563. Betreffen nun die gemachten Schulden die eheliche Errungenschaft selbst, so kann von einer solchen erst deducto aere alieno die Rede sein; sie müssen bis zur völligen Absorption derselben befriedigt werden. Die Schwierigkeit beginnt erst dann. Nach Landrecht §. 33 l. c. ist nur in casu societatis vel communionis die Haftung beider Ehegatten begründet; weiter aber als die societas besteht, soll die Haftung sich nicht erstrecken. Reicht daher das in Errungenschaftsgemeinschaft erworbene Vermögen zur Deckung von Schulden nicht aus, so ist an sich und ohne daß ein anderer besonderer Verpflichtungsgrund besteht, der Gläubiger des Einen Ehegatten nur dazu befugt, dessen Sondergut anzugreifen. Aus dem Sondergute des andern Ehegatten kann er sich ohne daß ein besonderer Verpflichtungsgrund für diesen besteht, keine Deckung verschaffen. Mit dieser Erörterung harmonirt denn auch die Stelle Landr. Th. I. cap. VI. §. 33 3tio welche lautet: „Stehet in casu communionis vel societatis bonorum ein Ehegatt für das andere nur um die in Ansehen des gemeinschaftlichen Vermögens gemachte Schulden und auch bei diesen nicht weiter als à proportion seines bedungen- oder statutenmäßigen Antheils." Unzweifelhaft kann nämlich nach bayer. Rechte mittelst förmlicher Ehepakten die

---

40) Beispiele derselben: Austragsreichnisse, die auf Sondergütern der Ehegatten dinglich lasten, Schulden, die mit einer Erbschaft Einem Ehegatten zufielen, Alimentationsverbindlichkeiten des Einen Ehegatten. Vgl. Roth und Meibom a. a. O. §. 111. Reyscher a. a. O. §. 563.

Haftung alterirt werden; dagegen muß, wie die eben allegirte Gesetzesstelle es besagt, der ex statuto nach Auflösung der Ehe dem einen oder andern Ehegatten an der Errungenschaft zukommende Antheil dazu hergegeben werden, Schulden der Errungenschaftsgemeinschaft zu befriedigen, während allerdings eine weiter gehende Anforderung eines andern selbständigen Rechtsgrundes bedarf, wenn sie gegen den Ehegatten, der nicht selbst kontrahirt hat, gerichtet werden will. Eine besondere Beachtung haben im bayer. Landrecht die Schulden gefunden, welche zum Zwecke der Betreibung gemeinsamen Erwerbsgeschäftes contrahirt wurden; diesen ist der folgende Paragraph zu widmen. In dieser Betreibung eines gemeinsamen Gewerbes liegt denn auch ein gesetzlicher Grund für die weiter gehende, für die solidarische „unverscheydentliche" Schuldenhaftung.

§. 40. Die Errungenschaftsgemeinschaft gewisser Eheleute mit gemeinschaftlichem Erwerbe.[41])

Das Landrecht von 1616 Tit. I. art. 10 u. 11 hat gewisse Classen von Eheleuten als solche bezeichnet, bei denen das Gesetz das Bestehen der Errungenschaftsgemeinschaft annehme. Die Normen des ältern Landrechts zeichnen sich in dem betreffenden Punkte vortheilhaft vor denen des neuern durch größere Bestimmtheit und Deutlichkeit aus. Auch ist nirgends wahrzunehmen, daß eine Abänderung des Landrechts von 1616 durch das Ldr. v. 1756 beabsichtigt wurde und können deßhalb um so unbedenklicher die Bestimmungen des älteren Landrechts zur Erläuterung dienen und hier zunächst vorangestellt werden. Dieselben lauten: Art. 10. Welche Personen aber zu offnem Kräm und Markt sitzen, oder offne Gastgeben und andere dergleichen Personen seyn, Mann und Weib, die gemaine Handthierung Kauffens oder Verkauffens zu gleichem Gewinn mit einander nemmen und empfahen, und ihr baider Gewerb und Nahrung darmit treiben und fürnemmen: Wo in solchen und dergleichen Fällen jrrung entstehen, soll Mann und Weib beederseits unverscheydentlich, ein jedes für die gantz Schuld, und als für ein Persohn, zu bezahlen verpflicht

41) Ueber die Mehrzahl der statutarrechtlichen Quellen in Bayern vgl. Bl. f. R.-A. Bd. XXIV. S. 130. Bemerk. der Redaktion.

seyn, doch weiter nit als für die Schulden, die wegen ihrer gemainer Handthierung gemacht worden.

Hätte aber das ein Ehegemächt ein sondere Handthierung, mit deme das ander Ehegemächt, es sey mit Gewinn, einnemmen oder außgeben, nichts zethun, so ist es umb solche Schulden auch nit verbunden, es hätte dann hierumben sonderbar Versprechung gethan, in welchem Fall alsdann geschehen soll, was recht ist. Wo aber das ein Ehegemächt mit dem andern nit gleichen Gewinn ihrer Handthierung, sonder nur ein gewissen Theil, als ein Drittheil, Viertheil oder noch kleinern Theil hätte und wurde solches dargethan, soll dasselbe Ehegemächt an den gemachten Schulden auch mehrer nit, dann solchen Theil herzegeben schuldig seyn, und alsdann von der gantzen Summen, welche beede Eheleut, nach Inhalt diß Artikuls, müssen zusammenschiessen, als von einem unverscheydnen Gelt, ihre Gläubiger bezahlt werden, also daß der nachgehende Gläubiger nichts fordere, biß der Vorgehende völlig bezahlt worden, nach Außweisung deß Gand=Proceß. Wären aber zwischen solchen Eheleuten, was eines oder das ander, bey deß andern Ehegemächts Haab und Guet, deß Heyrat=Guets, Morgen=Gaab, Widerleg, oder da kein Widerleg bedingt, deß Kindstheils auch der Hauß=Fahrnuß halben, soll zu begehren, und zefordern haben, sondere Geding auffgericht, seyn sie für einander, oder zugleich die Schulden zubezahlen nit verbunden, doch soll Krafft solcher Geding, im Fall von deßjenigen Ehegemächts (welchem die Bezahlung obligt) Haab und Guet, die Schulden nit möchten bezahlt werden, das ander ein mehrers nit, dann das Heyrat=Guet, Morgengab, Widerleg, oder wo kein Widerleg bedingt, einen Kindstheil und Hauß=Fahrnuß, nach Außweisung deß Gedings, aber keine andere Gaaben und Schankung nit zefordern haben. Und damit ins künfftig desto weniger Stritt entstehen, soll man fürterhin in Heyrats=Gedingen außtragen, wie es auf einen oder andern Fall der Gewinnung halben soll gehalten werden."

„Art. 11. Wie wohl auch die Handwerks=Leuth, zu ihrer gemainen Nahrung, sich Kauffens und Verkauffens gebrauchen müssen, so ist doch das Weib für den Mann zubezahlen nit schuldig, außgenommen der nachgesetzten Handwerkern, bey welchen die Nahrung vil mehr durch Kauffen und Verkauffen, dann durch das Handwerck

gesucht wird, und die Weiber eben so wol als die Mannen, das Gelt ein nemmen, nemblich die Breuen, Metzger, Lebzelter und diejenigen Köch, so Gastung haben, also daß dise Handwercker under vorgehendem Articul auch begriffen seyn sollen. Doch da zwischen ihnen sondere Geding, soll es ebenfalls darbey verbleiben."

In beiden Artikeln findet sich Ein Grundgedanke. Jene Eheleute, welche gemeinschaftlich mit Kauf und Verkauf oder mit einem von beiden allein in der Art beschäftigt sind, daß hierin ihr Erwerbszweig liegt, mit welchem sie ihren gemeinschaftlichen Lebensunterhalt gewinnen, die sollen auch gemeinschaftlich für die kontrahirten Schulden haften. Die Schuldenhaftung will in beiden Artikeln getroffen werden. Vom Standpunkte des Ldr. von 1616 aus ist denn auch das sehr erklärlich. Wie bereits gezeigt worden ist, stellt dasselbe nicht Gesellschaftsregeln als Grundlage für die Errungenschaft hin,[42] sondern es verfährt umgekehrt. Während der Dauer der Ehe wird eine partikulare Gütergemeinschaft gänzlich ignorirt und erst nach deren Auflösung tritt die Errungenschaft durch die portio statutaria zu Tage. Bei dieser Auffassung mußte denn auch bloß die praktische Frage der Schuldenhaftung sich aufdrängen und diese allein hat denn auch im ältern Landrecht ihre Beantwortung gefunden. Gleichgiltig ist im Sinne des ältern Landrechts 1) ob der eine Ehetheil mit dem Einkauf, der andere bloß mit Verkauf beschäftigt ist, 2) ob es sich um den Ein- und Verkauf von nicht selbst erzeugten Handelswaaren wie z. B. beim Spezerei- oder Tuchhändler, oder um Verkauf selbstfabrizirter Produkte, z. B. des Bierbräuers handelt; 3) ob Ein- und Verkauf in offenem Laden oder in der Privatwohnung geschieht, 4) ob die Ehefrau sich nur zu gewissen Zeiten oder Stunden des Tags mit Ein- oder Verkauf befasse, oder jeder Zeit. Immerhin wird es nur darauf ankommen, ob beide Ehetheile am Ein- und Verkauf sich überhaupt und wenigstens in einzelnen Fällen betheiligen und ob gerade der Ein- und Verkauf das wesentliche Moment der gemeinschaftlichen Handthierung ist. Wenn z. B. beim Schlosser, Tischler, Zimmermann, Maurer, Weber lediglich eine gewisse Quantität von Arbeiten, allenfalls auch mit Lieferung der

---

42) Vgl. die weitere Ausführung unten.

nöthigen Stoffe durch den Gewerbsmann, bestellt, diese Arbeit ausgeführt und er entweder nach vorgängigem Akkorde oder später von ihm gestellter Rechnung bezahlt wird, so kann man nicht behaupten, daß hier Ein- und Verkauf das wesentliche Moment beim Geschäftsbetriebe sei; ebenso wenig wird selbst dann, wenn z. B. die Ehefrau mit der Buchführung, dem Einkauf des Materials sich beschäftigt haben sollte, sich behaupten lassen, daß hier eine gemeinschaftliche Handthierung statthabe. Hier ist es der Ehemann allein, welcher den Geschäftsbetrieb in seiner Hand hält. Ebenso wird es sich bei jenem Schneider und Schuhmacher verhalten, der auf Bestellung seiner Kunden diesen Bekleidungsstücke liefert. Wenn aber der Tischler, Weber, Schneider, Schuhmacher Magazin oder offenen Laden hält, in welchem er von ihm gefertigte Artikel verkauft und in diesem Verkaufslokale die Ehefrau als Verkäuferin sitzt, dann tritt für die Schulden aus diesem Gewerbsbetrieb auch deren Haftung ein. Das ältere Landrecht hat übrigens wiederholt und bestimmt ausgesprochen, daß die Haftung mittelst förmlicher Ehepakten ganz ausgeschlossen werden kann. Die Gefahr für dritte Contrahenten ist hier gar nicht zu verkennen. Da öffentliche Bekanntmachung der Ehepakten, welche die Haftung ausschließen, nicht angeordnet ist, so muß es der Sorgfalt der dritten Contrahenten überlassen bleiben, zu ermitteln, ob sie eheträuliche Haftung für gemeinschaftliche Geschäftsschulden ansprechen können, oder nicht. Diese Bestimmung des ältern Landr., welche vollständig in das neue überging, wird auch durch die Vorschriften des allg. deutsch. Handelsgesetzbuchs nicht alterirt. Nach dem allg. d. H.-G.-B. Art. 7 Ziff. 3 ist die Ehefrau eines Kaufmanns, welche ihrem Ehemanne nur Beihilfe in dem Handelsgewerbe leistet, keine Handelsfrau. Es besteht sonach die Gefahr für dritte Contrahenten, wie oben angegeben, fort. Auch nur theilweise Haftung kann gegenüber dritten Contrahenten eintreten, falls nämlich der Gewinn aus dem gemeinschaftlichen Erwerbe nur nach gewissen Theilen bestimmt worden ist. Diese Bestimmung kann nun freilich nicht durch etwaige Privatübereinkunft getroffen, sondern muß in förmlichen Ehepakten gemacht werden. Die bestehende gemeinschaftliche Haftung gilt sowohl nach dem ältern wie nach dem neuern Landrechte vi legis und kann daher auch bloß durch gesetzlich zulässige Pakta ausgeschlossen werden, was im Kapitel

von den Ehepakten seine nähere Begründung finden wird. Einige Bestimmungen des ältern Landrechts in den bezeichneten Artikeln finden bei der Besprechung über die Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft durch den Conkurs über Vermögen eines Ehegatten ihre Erörterung.[43])

Das neuere Landrecht von 1756 hat aber nicht bloß die portio statutaria, die nach Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft hervortritt, im Auge sondern das Prinzip der Sozietät. Landrecht Th. I.

---

43) B. Schmid ad tit. I. art. 10 Nr. 4 läßt die gemeinschaftliche Obligation sich erstrecken a) auf die Schulden, welche in Ansehung des gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs gemacht wurden, b) auf den Aufwand, welcher für die Dienstboten, die zu demselben verwendet werden, nöthig ist, c) auf die Herstellung etwaiger für diesen nothwendiger, nicht auf schuldhafte Weise herbeigeführter Reparaturen. Ein Beispiel der oben angeführten Unterscheidung liefert er in Nr. 7. Wenn nämlich ein Ehegatte als Weingastgeber zugleich einen Weinhandel en gros betreibt, so braucht die Ehefrau deßhalb, weil sie etwa in der Schenke sitzt, nicht für die Schulden aus der Weingroßhandlung zu haften. Er sagt: E. g. maritus cum uxore exercet communem cauponariam, uterque igitur conjux pro debitis intuitu cauponarii exercitii contractis indivisim et in solidum obligatur, si autem maritus praeter cauponariam etiam exerceat negotiationem vinariam *in grosso*, excurrendo ad vicinas provincias, coëmendo vina et ea in doliis, ut vocamus sub circulis, unter den Raiffen, in publico foro vinario venalia faciendo, certe, si maritus ratione hujus negotiationis damnum incurrat et aes alienum contrahat, uxor ad illud dissolvendum nullo modo est obligata, cum diversa sint negotia, cauponarium, quod consistit in hospitibus providendis et vino mensuratim dividendo, et vinarium, quod consistit in vino extra provincias coëmendo et doliatim distrahendo. Primi negotii capaces enim sunt mulieres, imo magis, quam viri, secundum illis non convenit, cum illarum sit domi manere et non foras excurrere. Den in Art. 11 aufgezählten Handwerkern will B. Schmid noch andere beigezählt wissen, insbesondere die „Kiechelbacher, Dorten- und Pastetenmacher, Branntweinbrenner, Claret-, Romaney-, Citronen-Wassermacher, die Seifensieder, die Stärk- oder Kraftmehlmacher, die Anstrich- und Haarpulver- die Salbenmacher, die Paruquen- und Kräntzelbinder, die Federschmucker" ad art. 11 Nr. 4—7. Auch bekundet er Nr. 3 ibid. daß im kurfürstl. Hofrath man keinen Anstand genommen habe, die Bäcker hieherzurechnen. Aus dieser Darlegung B. Schmids und der Erweiterung, die er bezeugt, ergibt sich, daß schon im älteren Landrechte die Praxis wenigstens nicht bestimmt aufgezählte Klassen von Handwerkern hieher gerechnet, sondern prinzipiell unterschieden habe: ob die beiden Merkmale der gemeinschaftlichen Thätigkeit und der beiderseitigen Mitwirkung mittelst Einkaufens oder Verkaufens zum gemeinschaftlichen Erwerbe vorhanden seien. Immerhin aber ist die Rücksichtnahme auf die Schuldenhaftung das hervorragende Moment im älteren Landrecht.

cap. VI. §. 32 Nr. 5 u. 6 enthalten, nachdem die Bestimmungen über die societas in Bezug genommen worden: „mithin hat auch 5to regulariter gleicher Gewinn und Verlust bei gemeinschaftlichen Stücken zwischen Eheleuten Platz, welches insonderheit 6to bei jenen wol zu bemerken ist, so zu offenen Kram- und Markt-Sitzen, offene Gastung oder gemeines Gewerb und Handthierung treiben, als da z. E. seynd Metzger, Becker, Bräu, Küchel- und Zuckerbacker, Meetschenken, Köch, welche Gastungen halten und dergleichen." Vor Allem ist hervorzuheben, daß der Ausdruck: regulariter am Eingange der alleg. Bestimmung sich auf die Möglichkeit bezieht, mittelst förmlicher Ehepakten die comm. bon. part. auszuschließen, oder dieselbe theilweise zu belassen und nur theilweise auszuschließen. Bei den Worten „gleicher Gewinn und Verlust bei gemeinschaftlichen Stücken" ist offenbar an Lbr. Th. IV. cap. VIII. §. 1 gedacht, wonach der contractus societatis dadurch entsteht, daß zwei oder mehr Personen re vel opera auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust in Compagnie treten. Der Codex sowie die Anmerkungen ad h. l. Ziff. 6 verwahren sich gegen die Ansicht, als ob eine besondere Art von Errungenschaftsgemeinschaft hinsichtlich der zu offenem Kram und Markt Sitzenden u. a. hier speziell bezeichneten Personen habe constituirt werden wollen. Nicht „distinctionis sondern applicationis causa" d. h. nur deßhalb, weil bei den aufgeführten Personen die Errungenschaftsgemeinschaft am häufigsten vorkommt und deßhalb mit einer gesetzlichen Präsumtion versehen worden ist, wurden diese speziell genannt. Daß das Landrecht nicht die aufgezählten Kauf- und Gewerbsleute allein zu treffen beabsichtigte, sondern alle jene, bei welchen, gleichwie im ältern Landrechte, die berührten Criterien anschlagen, ergibt das hinzugefügte „und dergleichen." Es ist in der bezüglichen Stelle nach der ausdrücklichen Bemerkung in den annot. kein jus novum statuirt.

Dieß führt uns nun sofort zu einer weiteren praktischen Betrachtung. Im Verhältnisse des Einen Ehegatten zum andern besteht nämlich, wie erörtert, nach gesetzlicher Präsumtion ohne daß hiezu besonderer Vertrag nothwendig ist,[44]) zwischen den hier genann-

44) Vgl. die oberstrichterlichen Erkenntnisse Bl. f. R.-A. Bd. VIII. S. 319. Bd. XIX. S. 201.

ten Ehegatten Errungenschaftsgemeinschaft. Im Verhältnisse der Ehegatten zu dritten Gläubigern besteht aber nicht bloß dieses Rechtsverhältniß der Errungenschaftsgemeinschaft, sondern noch das weitere, welches schon das ältere Landrecht als das der Corrnalität, der „unverschaydentlichen Haftung“ bezeichnet hat. Auch hier wurde vom Landrecht von 1756 es beim alten Landrechte belassen und das Genauere zwar nicht im codex civilis doch im codex judiciarius angegeben. In cap. XX. §. 6, wo von den Vorzugsrechten der eheäulichen Güter im Confurse über das Vermögen des Ehemanns gehandelt wird, wird sub quarto verordnet: „Kann sich keine Ehefrau jetztbemeldter Vor- und Unterpfandsrechte gegen die Creditores in folgenden Fällen mehr bedienen, wenn sie nämlich zu offenem Kram und Markt sitzt, offene Wirth- oder Gastschaften hält, oder sonst ein solches Handwerk treibt, welches meistentheils in Kaufen und Verkaufen, mithin in gemeinsamen Gewerbe bestehet, wie z. B. bei Metzgern, Bäckern, Brauern, Köchen, Lebzeltern, Methschenken u. s. w.“ In den Anmerkungen ad h. l. lit. d wird lediglich auf das bayr. Landr. v. 1616 tit. I. art. 10 u. 11, dann auf die generalis fere Germaniae consuetudo Bezug genommen. B. Schmid sagt ad edict. proc. tit. II. art. 11 Nr. 21, daß diese allgemeine deutsche Gewohnheit vorzüglich auch eine solche Bayerns sei (daß in Bayern geltende Particularrechte ähnliche, oft wörtlich gleichlautende Bestimmungen enthalten, wurde schon oben bemerkt.)[45])

---

45) Eine wie uns bedünkt zutreffende Argumentation aus der eben allegirten Stelle des cod. jud. macht das oberstrichterliche Erkenntniß vom 7. Juli 1857 in den Blättern für Rechts-A. Bd. XXII. S. 380: „Diese Bestimmung ist nur in der Voraussetzung der solidarischen Haftbarkeit der Ehefrau für jene Classe von Schulden erklärbar; dann wäre sie nur für die Hälfte der Schuld tenent und wäre die andere Hälfte ihr fremd, so hätte sie nur im Betreffe jener Hälfte dem Gläubiger auszuweichen. Muß aber hiernach diese solidarische Haftung für den Fall des Confurses angenommen werden, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie auch außerhalb des Confurses bestehe; denn der Ausbruch des Confurses kann die bestehenden civilrechtlichen Verhältnisse nicht ändern.“ Ein der Hervorhebung würdiges Verdienst in der Erörterung der hier in Frage kommenden Stellen des Landrechts und der Gerichtsordnung hat sich J. B. Reingruber in seinen Abhandlungen über dunkle Civilgesetzstellen durch die Abhandlung über die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehefrauen bei einem Gantprozesse über das Vermögen ihrer Ehemänner S. 82—116 erworben. Dieser Praktiker be-

Zur Begründung des Anspruches gegen die Ehefrau mit gemeinsamem Gewerbe gehört sonach 1) die Behauptung, daß sie zu offenem Kram oder Markt mit ihrem Ehemanne sitze, Gastgeberin sei (Gastschaft treibe) oder gemeinsames Gewerbe entweder der aufgezählten Gewerbsgattungen mit ihrem Ehemanne betreibe oder doch ein solches Gewerbe mit demselben zugleich ausübe, das vorzugsweise in Kaufen und Verkaufen besteht, 2) die Behauptung, daß die Forderung eine solche sei, die ihren Grund eben in der communis negotiatio oder in der Rücksicht auf dieselbe habe. Zweifel in den beiden angegebenen Richtungen werden sich in der Praxis leicht lösen lassen. Was nämlich die Beurtheilung der ersten Frage betrifft, ob die Ehefrau als eine solche mit gemeinsamem Gewerbsbetriebe erscheine, so wird man selbstverständlich zwar nicht einen einzelnen Ausnahmsfall der Mitwirkung für genügend erachten; anderseits wird man aber auch dem Gläubiger nicht zur Aufgabe machen, Vergleichungen und Nachforschungen in ausgedehntem Maße anzustellen. Sobald einmal die Ehefrau in mehr als vereinzelt stehenden Fällen zu offenem Krame oder Markt sitzt, Geld einnimmt oder auszahlt, Waaren bestellt oder verkauft, Schuldscheine in Betreff der communis negotiatio unterzeichnet, Lieferungszettel genehmigt oder prüft, als Wirthin fungirt u. dgl., dann wird man geneigt sein müssen, die solidarische Haftung anzunehmen. Das Gesetz geht von diesem Gedanken aus, indem es jenen Ehefrauen, welche die gesetzliche Präsumtion des Ldr. Th. I. cap. VI. §. 32 Nr. 5 u. 6 vermeiden wollen, anweist, sich durch Heirathsverträge gegen Haftung mit dem eheträulichen Vermögen sicher zu stellen.

---

kundet, daß die fast allgemeine Gerichtspraxis bei Anwendung des cod. jud. cap. XX. §. 6 Nr. 4 die communio bonorum generalis mit der communis negotiatio verwechselt, die angeführte Stelle der Gerichtsordnung so angewendet habe, als ob sie von der Voraussetzung allgemeiner Gütergemeinschaft ausginge. Daher sei es gekommen, daß fälschlich die Ehefrau der bezeichneten Categorien unbedingt für alle Schulden in Anspruch genommen worden seien, daß man ihre eheweiblichen Vorzugsrechte in der Gant ihr völlig abgesprochen habe, anstatt dieselbe lediglich jenen Gläubigern verantwortlich zu erklären, welche die Quantität und Qualität ihrer Forderung in Ansehung der communis negotiatio nachzuweisen im Stande sind. S. dessen Abhandl. über den Vorzug des Studiums der vaterländischen Rechte. S. 62.

Die Frage, welche Schulden man zu jenen des gemeinsamen Gewerbes rechnen müsse, beantwortet sich durch den Hinblick auf den Zweck und die Umstände der obligirenden Handlung. Die Dienste der Gewerbsgehilfen für die communis negotiatio, die Lieferungen der Bräuer an die Wirthe, die Arbeiten der Handwerker für das Magazin, für dessen Erbauung, Einrichtung und Ausstattung mit Waaren aller Art, die Waarenlieferung der Großhändler an den Detaillisten u. dgl., sind von solchen Umständen begleitet und der Zweck der obligirenden Handlung des Empfängers liegt so offen, daß hier aus der Erwägung der thatsächlichen Verhältnisse der Irrthum zumeist ausgeschlossen werden wird.[46])

§. 41. Das Rechtsverhältniß der Errungenschaft der Ehefrau beim Konkurse über das Vermögen des Ehemanns.

Das Rechtsverhältniß der Errungenschaft der Ehefrau im Konkurse über das Vermögen des Ehemannes ist nach den verschiedenen thatsächlichen Voraussetzungen zu untersuchen, die hier möglich sind.

1) Handelt es sich um die Errungenschaft von Ehegatten mit gemeinsamem Gewerbe, so ist die solidarische Haftung für die Schulden aus der communis negotiatio, nach der Entwicklung in §. 40 selbstverständlich. Die ehefräuliche Errungenschaft ist hienach zur Befriedigung der Gewerbsgläubiger zu verwenden.

2) Derselbe Fall tritt abgesehen von communis negotiatio ein, wenn es sich um die sogenannten Errungenschaftsschulden im weitern

46) Von Gönner Comm. zum Hyp.-Ges. Bd. I. S. 507 wird die Bestimmung der G.-O. cap. XX. §. 6 Nr. 4, falls es sich de lege *ferenda* handelt, gemißbilligt, da nach derselben „die gute Bürgersfrau deßwegen, weil sie ihren Ehemann in seinem Gewerbe pflichtmäßig unterstützt, ihren gesetzlichen Vorzug verliert, während ihn andere Frauen, welche müßig im Hause herumgehen, oder Bauersfrauen, die gleichen Antheil mit dem Manne an der Hauswirthschaft nehmen, behalten." Allein es ist hier übersehen, daß die Gläubiger des gemeinsamen Gewerbs ebenso oft der Ehefrau und ihrer Thätigkeit als dem Manne zu lieb, borgen, und daß schon der Commentator des Ldr. von 1616 allen Nachdruck darauf legt, daß dieselbe socia et correa debendi und daß die solidarische Haftung nothwendig sei, um die mit der Ehefrau kontrahirenden Gewerbsgläubiger vor Uebervortheilung zu schützen. Das Institut der Errungenschaftsgemeinschaft überhaupt dürfte aber, falls es sich de lege *ferenda* handelt, dem der allg. Gütergemeinschaft aus schon mehrfach angedeuteten Gründen weichen.

Sinne handelt, um die für die ehelichen Lasten contrahirten, von welchen in §. 39 die Rede war.

3) Es bleiben sonach jene Fälle übrig, wo weder gemeinsame Gewerbs- noch Errungenschaftsschulden im weitern Sinne der Ehefrau zur Last gerechnet werden können. Von diesen allein ist hier zu sprechen. Aus bereits erörterten Grundsätzen ergibt sich, daß der Eintritt des Confurses über das Vermögen des Ehemanns der Ehefrau die Berechtigung gibt, zu verlangen, daß das eigenthümlich ihr zustehende Vermögen von dem des Eheherrn, mit dessen Vermögen es faktisch vereinigt war, ausgeschieden werde. Auch in diesem Paragraphen ist eine wichtige Bestimmung aus der Gerichtsordnung herbeizuziehen. G.-O. cap. XX. §. 16 handelt von dem jure *separationis* ordinario. Jus separationis ordinarium gründet sich nach G.-O. l. c. Eingangs darauf, daß die prätendirte Sache nicht nur eigenthümlich, sondern auch noch wirklich in natura et specie vorhanden sei, d. h. der Prätendent muß als Eigenthümer der als Separatist oder Vindikant in Anspruch genommenen Sachen sich legitimiren und außerdem noch den Nachweis liefern können, daß die jure separationis verlangten oder vindizirten Sachen in natura vorhanden seien. Zu den hieher gehörigen Objekten zählt die G.-O. l. c. sexto: „der Ehefrauen gebührender Antheil an . . . . . Errungenschaft, soweit nämlich dieses noch in natura vorhanden ist.“ Diese Aufstellung kömmt vollständig mit der Aeußerung B. Schmids ad edict. processum tit. 2 art. 14 überein, worin er sagt: distinguendum est, an res ex acquaestibus durante matrimonio factis, in bonis mariti existat vel non. Si existit putamus, quod uxor pro parte sua filiali, vel dimidia consequenda rei vindicationem habeat, si autem non existat, nuda creditrix est, sine ulla hypotheca aut privilegio, cum articulus ejusmodi praerogativam non tribuat et proinde cum reliquis creditoribus in tributum vocanda.“

Nach dem Prioritätsgesetze vom 1. Juni 1822 §. 3 Ziff. 4 kann die Ehefrau im Confurse des Ehemanns die Separation desjenigen Guts verlangen, welches ihr eigenthümlich zusteht, vorbehaltlich des Rechts der Gläubiger, sich an dieses Vermögen zu halten, soweit die Ehefrau haftungspflichtig ist. In §. 23 Ziff. 3 ibidem geschieht aber der Errungenschaft keine Erwähnung, während ihr dort in Ansehung

des Heirathguts, des eingebrachten Vermögens, der Morgengabe, Widerlage, resp. Wittibsitzes ein Vorzugsrecht in der IV. Classe eingeräumt wird.

In Lehners Lehrbuch des Hyp.-Rechts und der Prior.-Ordnung Th. II. S. 23 ist das vorbezeichnete Separationsrecht im Falle des Vorhandenseins der Gegenstände in natura berührt, dagegen ibid. Seite 95—97, wo es sich um die Rechte der Ehefrau im Conkurse handelt, die Errungenschaft völlig mit Stillschweigen übergangen. Nibler hat in seinem Handbuche des Hypothek- und Prioritätsrechts auf die Errungenschaft die gebührende Rücksicht genommen. Auf S. 110 bemerkt derselbe richtig, daß die Ehefrau den ihr gebührenden Antheil an der Errungenschaft, soweit derselbe in natura vorhanden ist, jure separationis in Anspruch nehme. S. 136 folgert er aus dem Umstande, daß in cod. civ. p. I. cap. VI. §. 23 Nr. 3 der Errungenschaftsantheil der Ehefrau für Paraphernalgut erklärt wurde, daß auch derselbe sich der gleichen Vorzüge wie das eingebrachte Vermögen erfreue und läßt denselben in der IV. Classe unter Ziff. 3 (§. 23 Ziff. 3) zum Zuge gelangen. Diese Folgerung muß als richtig erachtet werden. Es besteht nirgends ein rechtlicher Grund, den Errungenschaftsantheil der Ehefrau, falls derselbe nicht aus spezieller Ursache den Gläubigern des Ehemannes verhaftet ist, für dieselben einzuziehen. Der Nachweis der Vermögensbestandtheile als Errungenschaftsantheil der Ehefrau kann jedoch nicht erlassen werden. Ein solcher wird wird z. B. in dem Falle leicht erbracht werden können, wenn der Ehemann schon zur Zeit seiner Verehlichung die Schulden contrahirt hatte, dann aber aus gemeinsamem ersparten Gute neues Vermögen erwarb; vgl. Nibler a. a. O., ebenso wenn der Communschuldner vorzugsweise zu Sondergutszwecken Schulden contrahirte, z. B. um eine Deliktsschuld zu zahlen und nun auch die gemeinsamen Ersparnisse, insoweit sie Antheil des Ehemannes sind, zur Masse gezogen werden. In beiden Fällen wird man der Ehefrau wegen der Errungenschaft das gesetzliche Vorzugsrecht des Paraphernale zu versagen keinen Grund finden können.

Wenn aber Nibler auf S. 138 weiter gehend auch jene Fälle hieher setzt, in welchen die Ehefrau des Cridars die völlige Errungenschaft soll fordern können, nämlich nach Ldr. Th. I. cap. VI. §. 38,

wenn der Ehemann vor der Ehefrau verstirbt ohne Kinder hinterlassen zu haben, so ist hier offenbar das gesetzliche Prinzip der societas in §. 32 l. c. Ziff. 4 ganz übersehen. Es muß aber angenommen werden, daß von einer „völligen" Errungenschaft im Falle der Crida über den Ehemann nicht mehr gesprochen werden darf. Der Antheil des Ehemanns dient jedenfalls zur Befriedigung der Gläubiger und das Gesetz hat immerhin nur im Auge gehabt, daß reines Vermögen, also deducto aere alieno vorhanden sei, als es Errungenschaftsantheile des Eheherrn der Ehefrau in den §. 36 u. ff. überwies. Wo kein Aktivvermögen des Ehemanns vorhanden ist, da kann auch nichts an die Ehefrau überwiesen werden und findet eine successio ex statuto nach §. 35 u. ff. überhaupt nicht statt, sondern nur eine Zurücknahme des bereits von der Ehefrau eigenthümlich erworbenen Errungenschaftsantheils. Hieraus ergibt sich denn auch, daß Nibler sich a. a. O. in überflüssiger Weise bemüht hat, die Fälle auseinanderzusetzen, in welchen die Ehefrau wegen Rückfalls des Hälfteantheils an der völligen Errungenschaft Caution zu leisten hat.

§. 42. Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft.

Während der Ehe kann die Errungenschaftsgemeinschaft durch förmlichen Ehevertrag aufgelöst werden, ohne daß jedoch bereits begründeten Rechten dritter Personen Eintrag geschehen darf. Faktisch endigt ferner die Errungenschaftsgemeinschaft bei gemeinsamem Gewerbebetriebe durch die gänzliche Zurückziehung der Ehefrau von demselben. Da das factum der Mitbetheiligung der Ehefrau an der Thätigkeit des Ehemanns nothwendig ist, um die Errungenschaftsgemeinschaft nach Ldr. Th. I. cap. VI. §. 32 Nr. 4—6 zu konstituiren, so folgt von selbst, daß durch factum contrarium die Auflösung dieses Rechtsverhältnisses bewirkt wird. Durch den Konkurs über das Vermögen des Ehemanns wird zwar die Errungenschaftsgemeinschaft nicht aufgehoben, allein es tritt jedenfalls eine Modifikation bezüglich einzelner Wirkungen ein,[47]) so daß erst nach Beendigung des Konkurses der Ehemann wieder in den vollen Umfang seiner Rechte eintritt. Die Errungenschaftsgemeinschaft kann auch

47) Vgl. Roth u. Meibom kurhess. Privatr. S. 425.

durch die Sicherheitsmaßregeln des Ldr. Th. I. cap. VI. §. 26 modifizirt werden, wovon oben bereits die Rede war. Der Hauptfall ist die Auflösung derselben durch den Tod eines der Ehegatten. Hier sind, falls weder durch Pakta noch letzten Willen Fürsorge getroffen ist, nach den §§. 36—38 des Landrechts verschiedene Unterscheidungen gemacht.[48])

A. Im Falle des Vorabsterbens des Ehemanns

a) mit Hinterlassung von Kindern von dieser oder voriger Ehe.

Hier wird weiter unterschieden:

α) Hatte die Ehefrau ein gewisses und rechtes Heirathgut zugebracht ohne daß der künftigen Todesfälle halber etwas vorgesehen ist, so hat zwar die Ehefrau vi legis §. 14 Nr. 3 eine Widerlage zu Nutzgenuß zu fordern, aber von der Errungenschaft erhält sie nichts §. 36 l. c. 7mo.

β) Argumento e contrario folgt, daß, wenn die Ehefrau kein recht und gewiß Heirathgut hatte, es bei der Regel bleibe, wonach die Ehefrau einen Theil der Errungenschaft anzusprechen hat. Dieser ist in unserm Falle nach Ldr. l. c. tertio „von der Errungenschaft ein gleicher Kindstheil, so viel nämlich einem jeden Kind ohne Verzicht, letzten Willen oder besondere Disposition gebühren mag.“ Zwar ist in §. 36 7mo noch der Zusatz gemacht, „ohne daß der künftigen Todsfällen halber etwas vorgesehen ist“, so daß man im annehmen könnte, daß wenn „etwas der Todsfälle halber vorgesehen ist“ so müsse die Ehefrau immer einen Kindstheil der Errungenschaft erhalten. Allein die Erwähnung in §. 36 septimo verdankt dem Umstande ihre Entstehung, daß bei Constituirung eines „gewissen und rechten“ Heirathguts Ehepakten vorhanden sein müssen, in diesen aber regelmäßig sich auch Bestimmungen über Succession finden werden. Es soll nun hier diesen erbrechtlichen Bestimmungen ihre Kraft vorbehalten und für den Fall, daß über den Errungenschaftsantheil nichts stipulirt wurde, die Ehefrau von demselben ausgeschlossen werden. Der Grund dieser Ausschließung ist darin zu

48) Das Landrecht von 1616 hat hierüber in Tit. I. art. 3 u. 4 verfügt und zwar in derselben Weise wie das neue.

suchen, daß nach cod. civ. p. I. cap. VI. §. 14 Nr. 3 die Ehefrau kraft des Gesetzes soviel als das Heirathgut beträgt, pro contradote erhält. B. Schmid bemerkt ad tit. I. art. 4 Nr. 16, daß in casum constitutae et solutae dotis der Kindstheil an der Errungenschaft hinwegfalle, weil der Ehefrau die Widerlage zukommt, deren Nutzgenuß an die Stelle des Errungenschaftsantheils trete. Die betreffende Bestimmung sei in favorem extantium liberorum gemacht, und deßhalb erhalte auch die Ehefrau, wenn Kinder nicht vorhanden sind, wegen Hinwegfall dieses favor die Errungenschaft völlig, d. i. zur Hälfte eigenthümlich, zur Hälfte nutznießlich.[49])

b) Es sind keine Kinder vorhanden. In diesem Falle kömmt auf das Vorhandensein eines rechten und gewissen Heirathsguts nichts an. Die Ehefrau erhält die Errungenschaft völlig §. 38 l c. Nach Ziffer 2 ibidem „jedoch die Hälfte nur nutznießlich, um welche auch besagten Erben (d. i. den Erben des Vorabgestorbenen) Caution zu leisten ist, daß sie nämlich sothane Hälfte nach dem Tode des überlebenden Ehegemächts ungeschmälert erhalten wollen." Die eine Hälfte der Errungenschaft verbleibt dem überlebenden Ehegatten sofort eigenthümlich.

B. Im Falle des Vorabsterbens der Ehefrau.

a) Mit Hinterlassung von Kindern aus dieser oder voriger Ehe. Hier behält der Ehemann die ganze Errungenschaft. Ldr. Th. I. cap. VI. §. 37. Es ist sonach unzweifelhaft richtig, daß bei Feststellung des Muttergutes die eheliche Errungenschaft nicht in Betracht zu kommen habe. Vgl. Bl. f. R.-A. Bd. XXVI. S. 97 und ff. und S. 138. Der oben gemachte Unterschied zwischen dem Falle, daß dem Ehemanne ein gewisses und rechtes Heirathgut zugebracht

49) Warum unser Codex von „rechtem und gewissem" Heirathgut spricht, erklärt sich aus der folgenden Bemerkung B. Schmids l. c. Nr. 161: „Primum est, quod dos *certa et vera* debuerit esse constituta, saepissime enim contingit, ut parentes filiabus suis, vel etiam alii quibus mulieres dotandi necessitas incumbit, generalibus verbis dotem assignent, quae neque in rerum natura, neque in patrimonio dotantis reperitur, deficiente igitur dote vera et certa deficit etiam obligatio contradotis . . *et proinde uxori regressus ad portionem statutariam de acquaestibus in salvo manet.*"

worden ist und daß dieses nicht geschah, hat hier aus dem bereits erklärten Grunde keine Bedeutung.

b) Ohne Hinterlassung von Kindern aus dieser oder voriger Ehe.

Hier behält der Ehemann die Errungenschaft völlig, jedoch die eine Hälfte nur eigenthümlich, die andere nutznießlich mit der bereits oben sub A. lit. b erwähnten Verpflichtung, den Erben der vorabgestorbenen Ehefrau Caution zu leisten, daß sie diese Hälfte nach dem Tode des Ehemanns ungeschmälert erhalten werden.

Es wurde oben schon bemerkt, daß durch Geding oder letzten Willen über die Errungenschaft in anderer Weise disponirt werden könne, als vom Gesetze bei ermangelnden Pakten oder letztwilliger Verfügung geschehen ist. Es kann demnach lediglich die Beeinträchtigung der Nothgebührniß als Grenze dienen, bis zu welcher vorgegangen werden kann.[50]) In wieferne durch die gesetzlichen Vorschriften über Strafen zweiter Ehe eine Beschränkung eintrete, ist bei der Erörterung der letzteren zu berücksichtigen. Durch den Uebergang der Ehefrau zur zweiten Ehe verliert sie die obigen Rechte auf die Errungenschaft nicht, B. Schmid ad tit. I. art. 1 Nr. 81, wohl aber verliert die Ehebrecherin den Anspruch hierauf, Landr. Th. I. cap. VI. §. 43 Nr. 2, B. Schmid l. c. Nr. 77.

§. 43. Die gemeine vermischte Hausfahrniß.

Im Landrecht Th. I. cap. VI. §. 21 wird unter diesem Marginale von gemeinschaftlichen Gütern der Ehegatten und zwar vi legis gemeinschaftlichen gehandelt. Das Landrecht beläßt es nach dem Zeugnisse Kreittmayrs in den annot. ad h. l. Ziff. 3 Eingangs in dieser Materie mit wenig Ausnahmen bei dem Ldr. von 1616. Dieses sagt in tit. I. art. 2: „Under dem Wort Hausfahrnuß werden allhie nit alle bewögliche Güter sonder der Haußrath als Leinwath und Bettgewand, Kuchel-, Zinn- und Kupfergeschirr und was sonsten Haußrath ist, auch essende Speis und Treyd, welches nicht zum Verkauf sonder zum Gebrauch vorhanden, item das Silbergeschirr, welches den Eheleuten auf die Hochzeit verehrt worden, verstanden." Mit

50) B. Schmid erkennt ad tit. I. art. 10 Nr. 18 ausdrücklich die Zulässigkeit von vertragsmäßiger Verfügung über den Antheil an der Errungenschaft nach dem Tode eines Ehegatten an.

Ausnahme des Silbergeschirrs werden diese Gegenstände im neueren Landrecht wiederholt hieher gerechnet und von Kreittmayr als Grund für diese Ausnahme bemerkt, daß die silbernen Sachen, welche zur Hochzeit geschenkt wurden, nicht zum täglichen Gebrauche gehören. Durch den in §. 21 gemachten Beisatz: „wie nicht weniger vorräthiges Geld, Speis, Trank und Getreid (statt essende Speis und Treyd im alten Ldr.) so weit nemlich dieses Alles nur zum täglichen Gebrauch und Bestreitung des Hauswesens dient" wollten alle möglichen Zweifel über die Begriffsbestimmung nach Kreittmayr l. c. gehoben werden. Derselbe rechnet ferner hieher: Kisten und Kästen, Tisch, Sessel, Canapee, Bettstätten, Gläser, Spiegel, Tafeln, Malereien und Tapeten, soferne diese Stücke nicht von „sonderbarer Kostbarkeit" sind, das vorräthige, schon geschnittene und weder zum Verkauf noch zur Besamung dienende Getreide, in gleicher Weise Fische, Fleisch und Früchte, und will, was denn auch ganz zweckmäßig erscheinen dürfte, in Nr. 2 in fine l. c. bei vorkommenden Zweifeln ad arbitrium judicis verweisen. Der tägliche Hausgebrauch und der Begriff des Hausgeräthes sind nach der Intention des Gesetzgebers die Criterien, um die hieher gehörigen Mobilien von den übrigen auszuscheiden. Uebrigens ist zur größern Klarheit im Gesetze und zwar sowohl 1616 wie 1756 eine Aufzählung jener gewöhnlich vorkommenden Mobilien enthalten, die nicht hieher zählen. Zur Vergleichung mögen beide Stellen neben einander stehen:

Altes Landr. Tit I. art. 2.	Neues Landr. l. c. Ziff. 2 u. 3.
Aber Bücher, Harnisch, Büchsen, Wöhr, item Roß, Kleinoter, Ketten, Endt und Gebendt, Auch waß zu des Manns oder Frauen Leib gehörig, deßgleichen Gutschen, Gutschenzeug, Jaidt- und Fischzeug, Vich, und Handelswaaren, Gelt, Treyd (ausser zur Speiß) item Werkzeug, Wagen, Pflüeg	Wohingegen all übriges Geld, Getreid und Handelswaare, wie auch Bücher, Gewehr, Pferd und Equipage, Jagd-, Fisch- oder Werkzeug, Wägen und Pflüg, sammt dem vorhandenen Viehe, nicht weniger End und Gebänd, Kleider, Kleinodien, und was zu des Mann- oder Frauen-Leib gehört, ist unter obverstandener gemein- und vermischter Haus-

und was zum Acker-Baw gehörig, wird unter der Hausfahrnuß nit begriffen.

fahrniß keineswegs begriffen, sondern dem Mann allein eigenthümlich, ausser soviel der Ehefrauen Eud, Gebänd, Kleider und all Anderes zu ihren Leib Gehöriges betrifft, massen ihr solches nebst dem Geschmuck und Kleinodien (diejenige ausgenommen, welche derselben von ihrem Ehemann nur zur bloßen Zierde überlassen seynd) allein zuständig ist. [51])

Der Ausdruck: „gemeine vermischte Hausfahrniß" bedeutet, daß das in Rede stehende Mobiliare a) der Qualität nach das gewöhnliche, nicht etwa besonders kostbares sei, gemein im Gegensatze zu kostbar: B. Schmid ad tit. I. art. 1 Nr. 101, b) daß es sich um beiderseits zusammengebrachtes Mobiliare handeln müsse, B. Schmid ibid. Nr. 106, denn quae pars nihil attulit, nihil permiscere potuit. Die Bemerkung sub b) ist von Kreittmayr in den annot. Ziff. 1 ausdrücklich, die ad a) implicite anerkannt.

Während der Dauer der Ehe gelten bezüglich der Hausfahrniß nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift Ldr. Th. I. cap. VI. §§. 19, 20, 32 die Regeln, welche bezüglich der Errungenschaft aufgestellt sind, da wie dort so auch hier communio b. particularis besteht. Sie beruht nicht auf Geding, sondern auf gesetzlicher Bestimmung, nimmt mit Eingehung der Ehe ipso jure ihren Anfang, ohne daß es einer Tradition bedürfte und stehet durante matrimonio dominium et possessio pro indiviso gemeinschaftlich beiden Ehegatten zu. Das anfänglich Beigebrachte, und das anstatt des Verzehrten weiter Beigeschaffte oder Vermehrte wird völlig gleichgestellt, annot. ad §. 21 Ziff. 1.

---

51) Die dem Ehemanne „allein eigenthümlich" zufallenden Stücke sollen ihm jedoch nur zustehen „in der rechtlichen Präsumtion, welche der Mann in dubio quoad omnia bona für sich hat, so lange die Frau nicht darzuthun vermag, was und wieviel sie von bemeldten Stücken eingebracht habe, dann dieses bleibt ihr, wie ihr eingebrachtes Gut, ganz allein." annot. ad §. 21 cit. num. 4.

Die Bemerkungen des §. 21 über das Eigenthum des Ehemanns an den nicht zur gemein vermischten Hausfahrniß zählenden Mobilien beziehen sich wie schon bemerkt worden ist, lediglich auf die praesumtio Muciana und wird dieses Eigenthum durch den Nachweis von Seite der Ehefrau oder deren Erben, was und wieviel sie von diesen Stücken beigebracht habe, elidirt. Hinsichtlich des Eigenthums an „End und Gebänd" der Ehefrau verhält es sich aber anders, da diese Stücke ein Sondergut der Ehefrau bilden, von dem an geeigneter Stelle die Rede war. Die hieher bezügliche Gesetzesvorschrift §. 21 tertio spricht also nicht eine Rechtsvermuthung aus wie die in §. 21 secundo, sondern gibt *ex statuto* der Ehefrau Eigenthumsrecht an den fraglichen Stücken.

Im Conkurse über das Vermögen des Ehemannes hat die Ehefrau sowohl Separations- als Vorzugsrechte in der IV. Classe der Prioritätsordnung wegen der gemeinen vermischten Hausfahrniß, ganz wie dieß bezüglich der Errungenschaft der Fall ist und wird auf die Erörterung dort verwiesen.

Bei Todesfällen ist zu unterscheiden:

A. der Fall des Vorabsterbens des Ehemanns und zwar

a) mit Hinterlassung von Kindern aus dieser oder voriger Ehe.

Hier erhält die Ehefrau einen Kindstheil von der gesammten Hausfahrniß. Ldr. Th. I. cap. VI. §. 36 Ziff. 5.

b) ohne Hinterlassung von Kindern.

Hier erhält die Ehefrau die von ihr eingebrachte (resp. die an deren Stelle surrogirte) Hausfahrniß l. c §. 38 primo. Das Ehebett bleibt jedoch dem überlebenden Ehegatten. ibid.

B. Der Fall des Vorabsterbens der Ehefrau

a) mit Hinterlassung von Kindern.

Hier ist weiter zu unterscheiden:

α) Es sind Kinder der Ehefrau aus erster Ehe vorhanden.

Hier gibt der Ehemann die von ihr zugebrachte, resp. surrogirte Hausfahrniß hinaus §. 37 secundo.

β) Es sind Kinder aus mehrern Ehen der Ehefrau vorhanden.

Hier muß der Antheil der Kinder aus vorigen Ehen hinausge-

gegeben, der Antheil der Kinder aus letzter Ehe dem Ehemanne überlassen werden. §. 37 primo, secundo et quinto.

γ) Es sind nur Kinder letzter Ehe vorhanden.

Hier behält der Ehemann die Hausfahrniß. §. 37 primo et quinto.

b) ohne Hinterlassung von Kindern.

Hier gibt der Ehemann die von der Ehefrau eingebrachte Hausfahrniß mit Ausnahme des Ehebetts hinaus. §. 38 primo.

Die Bevorzugung des Ehemanns im Falle B. lit. a sub γ) vor Fall A. lit. a) erklärt B. Schmid ad tit. I. art. 3 Nr. 10 wie folgt: De jure enim communi omnia sunt et praesumuntur esse mariti ita ut etiam marito praemortuo uxor ejus heredibus omnia supellectilia debuisset relinquere, nisi per gratiam legislatoris nostri statutarii eidem cum liberis portio filialis, vel sine liberis dimidietas fuisset gratiose concessa. Aequum igitur non est, ut gratia uxori superviventi facta, cedat marito post mortem uxoris in damnum et praejudicium.

§. 44. Hochzeitgeschenke.

Das Landrecht Th. I. cap. VI. bestimmt: „Hochzeitgeschenke, welche denen Brautpersonen Ehrenhalber von Anderen dargereicht werden (munera nuptialia) seynd und bleiben auch denenselben während Ehe gemeinschaftlich." Kraft dieses Gesetzes entsteht sonach Gemeinschaft an denselben und kann hienach eine Ausscheidung nicht stattfinden, ob sie etwa von Seite Verwandter und Bekannter des Ehemanns oder der Ehefrau, jenem oder dieser gegeben wurden. Mittermayer d. Priv.-R. §. 397 der VI. Aufl. lehrt: Die Hochzeitgeschenke, welche den Neuvermählten von andern Personen gegeben werden, gelten in der Regel als beiden Ehegatten gemeinschaftlich gegeben, wenn nicht die Absicht des Schenkenden bestimmt nur einem der Ehegatten sie zudachte. Diese letztbemerkte Beschränkung findet im bayer. Landrechte keinen Raum, da der Ausdruck des Gesetzes sie nicht zuläßt und überdieß die Anmerkungen eine solche Unterscheidung für unzulässig erklären. Will von Seite eines Dritten nur Einem Ehegatten eine lucrative Zuwendung gemacht werden, so muß er die reine Schenkung entweder ohne die gedachte Zweckbestimmung

oder doch die Hingabe an Einen Ehetheil mit Ausschluß des andern ausdrücklich und bestimmt erklären. Ist aber der Schenkung die Erklärung vorbehaltlos beigefügt, daß sie ein Hochzeitgeschenk sei, so gilt sie eben kraft des Gesetzes für eine beiden Ehegatten gemeinschaftlich gegebene, ohne daß die Absicht des Schenkers weiter erforscht würde. Der in den annot. ad h. l. allegirte Lauterbach l. XXIII. Tit. 3 §. 47 sagt: verior tamen est sententia, *nisi per pacta aliter conventum* quod aequaliter sint dividenda, quia propter novum jus affinitatis et singularem affectionem erga novum affinem, munera utrique oblata censentur. Derselbe Grund gilt auch bei Freunden des einen Ehetheils; man kann annehmen, daß die Freundschaft zum Einen Ehetheil sich auf dessen neuerworbenen Ehegesponsen gleichfalls erstrecke.

Bei Auflösung der Ehe ergibt sich aus dem angegebenen Rechtsverhältnisse eine Theilung nach Hälften. Die Hochzeitsgeschenke werden dann den Paraphernalien gleich behandelt, insoweit die der Ehefrau eigenthümliche Hälfte in Frage steht, während die dem Ehemanne zukommende Hälfte ihm und seinen Erben verbleibt.

Im Falle des Konkurses räumt B. Schmid ad proc. edict. tit. 2 art. 14 Nr. 10 der Ehefrau für ihre Hälfte die rei vindicatio. resp. das Separationsrecht ein, vorausgesetzt, daß dieselben in Natur in der Masse vorhanden sind. Nach der Prioritätsordnung §. 3 Nr. 4 ist dieses Recht nicht zu bestreiten, ebenso wenig als bezüglich der nicht in natura vorhandenen die Vorzugsrechte in der IV. Classe (Pr.-O. §. 23 Nr. 3.) Das alte Landrecht hat in Tit. I. art. 2 das silberne Geschirr, welches zum Hochzeitgeschenk gegeben wird, der gemeinen vermischten Hausfahrniß beigezählt. Diese Bestimmung ist im Landrecht von 1756 aufgehoben, annot. ad h. l. und §. 43 oben.

Dritter Abschnitt.

Coobligation, Verträge und Schenkungen unter Ehegatten.

§. 45. Coobligation der Ehegatten.

Das römische Recht enthält einen Codextitel IV, 12, welcher sagt: ne uxor pro marito vel maritus pro uxore . . conveniatur. Im Wesentlichen besagt dasselbe unser Landrecht in Th. I. cap. VI. §. 33 Eingangs. Drei Ausnahmen sind dort aufgeführt, deren erste eine Haftung des einen Ehegatten für den andern nur dann erkennt „Erstens, wenn sie sich für- oder nebeneinander verbinden und verschreiben." Was nun zunächst den Fall angeht, daß der Ehemann für die Frau sich haftungspflichtig erklärte, so unterliegt diese Haftung keinem Bedenken. Der Ehemann ist, wie schon oben zu erörtern war, in manchen Beziehungen, insoweit es sich um den Wirkungskreis der Ehefrau im häuslichen Leben, im Gebiete der Schlüsselgewalt handelt, verpflichtet für die von der Ehefrau gemachten Schulden aufzukommen. Ebensowenig ist zu bezweifeln, daß der Ehemann sich für seine Ehefrau oder mit derselben in jeder rechtlich denkbaren Weise verpflichten könne, da das bayerische Landrecht dem Ehemanne als solchem nirgends eine Beschränkung auflegt. Allein ganz anders verhält sich die Sache dann, wenn es sich um die Ehefrau handelt. Für diese ist die gedachte Regel wie sie im Landrechte l. c. primo hingestellt wird, nicht zu brauchen, denn die Voraussetzungen und Bedingungen für den Eintritt derselben sind nicht so gewöhnlicher und selbstverständlicher Art, daß man auch von der

Ehefrau sagen könnte, sie hafte, wie im Landrechte primo es heißt, „wenn sie sich für den oder neben dem Ehemanne verbindet und verschreibt." Regelmäßig verhält sich die Sache umgekehrt. Die Ehefrau haftet, wenn sie für den Ehemann sich verbindet und mit ihm sich verschreibt, regelmäßig nicht und nur dann, wenn hiebei die Bestimmungen des Ldr. l. c. Ziff. 2 zutreffen, welche enthalten: „Es ist aber auch 2do zu beobachten, daß die von den Ehefrauen entweder mit oder für ihren Ehemann, zumal in Schuldsachen, beschehene Verschreibungen, obligationes und intercessiones auf ihrer Seite gar keine Kraft und Verbindlichkeit haben, es seye denn das entnommene Geld zu ihrem eigenen sonderbaren Nutzen verwendet, oder von selber auf ihre disfallsige Freiheit, nach vorläufiger genugsamer Certioration in Conformität nächstfolgenden §phi in rechtsbehöriger Form renuncirt worden, welch letzternfalls sie jedoch auch andergestalt nicht als salvo jure ordinis und soviel die bloße Mitverschreibungen betrifft, cum beneficio divisionis zu haften hat." Obgleich in dieser Stelle die Schuldverschreibungen mit dem Ehemanne und für denselben zusammengeworfen sind, so läßt sich doch, um Klarheit in die Sache zu bringen, nur mit Unterscheidung beider Fälle das Nähere ausführen. Zunächst ist hier der Fall der Schuldverschreibung mit dem Ehemanne, der Coobligation ins Auge zu fassen. Hier wird es wiederum unerläßlich, vor Allem den Zweck der Schuldverschreibung mit d. h. neben dem Ehemanne genau anzusehen. Es lassen sich folgende Fälle denken:

a) Die Ehefrau und der Ehemann haben sich für eine Schuld verschrieben, die wesentlich zum Nutzen der Ehefrau dienen sollte, die in der Person der Ehefrau ihren Grund fand,

b) die beiden Ehegatten haben eine gemeinschaftliche Verbindlichkeit eingegangen, die zunächst den Ehemann angeht oder doch nicht den Nutzen der Ehefrau betrifft, oder

c) die beiden Ehegatten gleichmäßig, oder

d) gar nicht die Ehegatten, sondern eine dritte Person angeht, zu deren Nutzen sie eingegangen wird.

Bei allen vier Fällen wird man fragen müssen, ob die Ehefrau solidarische Schuldverbindlichkeit eingegangen habe oder nicht, denn auch hienach ergeben sich Modifikationen, wie sich sofort zeigen wird.

Weitere Modifikationen ergeben sich dadurch, wenn der Ehemann insolvendo ist. Voraussetzung in allen Fällen ist hiebei jener Güterstand, der im bayerischen Landrechte ohne in Mitte tretende Ehepakten als der gesetzliche erscheint; denn bei paktirter allgemeiner Gütergemeinschaft kann die Coobligation der Ehefrau nicht bezweifelt werden. Was nun vor Allem den Fall sub a) anbelangt, so gilt für diesen die Bestimmung unseres Landrechts, wonach auf Seite der Ehefrau die eingegangene Verbindlichkeit Kraft haben soll, wenn „das entnommene Geld zu ihrem eigenen sonderbaren Nutzen verwendet worden ist." Diese Anordnung findet sich bereits im Landrecht von 1616 Tit. I. art. 13 vgl. B. Schmid ad tit I. art. 11 Nr. 11. Wenn der Nachweis der *in rem versio* vorhanden ist, so ist der einzige Fall gegeben, in welchem eine formlose Erklärung der Ehefrau genügt, um eine Schuldhaftung derselben mit oder neben dem Ehemanne sofort zu erzeugen. Hinsichtlich der in rem versio finden wir in den annot. ad p. IV. cap. II. §. 3 Nr. 9 zur Erläuterung bemerkt: „si expenditur in eam causam ad quam alter obligatus erat, aut quam intuitu utilitatis inde percipiendae non facile omisisset, z. E. wenn er Schulden damit bezahlt, oder sich Nutzen dadurch verschafft und dgl. Es ist auch genug, wann dieses nur einmal geschiehet, dann daß der Nutz noch wirklich existire, ist eben nicht nöthig . . . . die in der Schuldverschreibung geschehene Bekanntnuß, daß das Darlehen zum Nutzen des debitoris aufgenommen oder verwendet worden sei . . . macht den Beweis noch nicht aus . . . sondern es muß solches entweder aus den Rechnungen, abgelösten Schuldscheinen oder sonst conjecturaliter bewiesen sein." Wenn wir es auch hier nicht mit der actio de in rem verso zu thun haben, von der bereits oben §. 15 zu sprechen war, so mußte doch hier das in rem versum in Beziehung auf Begriff und Beweisführung, wie dieselbe von Kreittmayr gedacht wurden, erwähnt werden. [1])

---

1) Zum Beweise einer nützlichen Verwendung ist es nicht hinreichend, wenn etwa dargethan werden kann, daß das dargeliehene Geld zum Nutzen der gemeinschaftlichen Haushaltung oder selbst zum nöthigen Unterhalt der Frau und ihrer Kinder verwendet sei, indem zur Tragung der Lasten der Ehe, wohin auch der Unter-

Der Fall b) begreift die beiden Möglichkeiten, daß entweder von vorneherein die gemeinschaftlich eingegangene Verbindlichkeit eine solche ist, die den Ehemann berührt, oder doch eine solche, die nicht nachweislich eine in rem versio zu Gunsten der Ehegattinn angeht. Hier wie dort gehört zur Giltigkeit der Coobligation, insoweit sie die Ehefrau betrifft, die vorgängige Certioration und Verzichtleistung nach Maßgabe der folgenden Darstellung. Ob die Ehefrau solidarische Haftung neben dem Ehemanne eingegangen habe und ob dieser solvendo ist, oder nicht, in beiden Fällen kann die Ehefrau als Mitschuldnerinn nur dann mit Erfolg angegriffen werden, falls die gesetzliche Form eingehalten wurde. Fraglich ist hiebei, ob die Verbindlichkeit der Ehefrau ipso jure oder ope exeptionis unwirksam sei, resp. werde. Nach gemeinem Rechte ist die Ehefrau nicht genöthiget sich der ihr zustehenden Einrede zu bedienen, wenn es sich um eine Intercession für den Ehemann handelt und die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde. l. 23 Cod. ad senatus cons. Vellej. 4, 29 am Schlusse sagt hierüber: Sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta nec penitus scripta ut nec senatus consulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto. Uebereinstimmend hiemit sind die Worte des Gesetzestextes in §. 33 „gar keine Kraft und Verbindlichkeit" und Kreittmayr in den annot. ad p. IV. cap. X. §. 28 lit. a per verba: „die von der letzteren Gattung aber, welche für die Weibsleut propter metum et reverentiam maritalem allzeit weit gefährlicher sind, wird gleich ipso jure cassirt und für ungiltig geachtet." Die völlige Nullität und Unwirksamkeit kann nach der vorstehenden Gesetzesstelle nicht bezweifelt werden. Wenn nun auch dieß von Glück Pand. Comm. Bd. XIV. S. 459 zugegeben wird, so wird doch von demselben Bd. XII. S. 62 gelehrt, daß die Coobligation der Ehefrau anders als die Intercession zu behandeln sei.

---

halt der Frau gehört, der Mann das Heirathgut bekommt. Seufferts Archiv Bd. I. Nr. 215. Ueberhaupt ist aller Nachdruck auf das wirklich geschehene „Verwenden", auf den für die Ehefrau bezüglich ihrer Person oder ihrer Güter beabsichtigten nützlichen Erfolg, wenn er auch kein bleibender gewesen ist, zu legen.

Nach den Vorschriften des bayer. Ldr. und der annot. kann kein Bedenken bestehen. Hienach ist gewiß, daß coobligationes und intercessiones völlig gleich zu behandeln sind per verba des Gesetzes a. a. O. „mit oder für ihren Ehemann zumal in Schuldsachen beschehene Verschreibungen obligationes und intercessiones" und der ausdrücklichen Bemerkung der annot. ad §. 33 Ziff. 2 am Ende: „Derowegen nimmt auch das Landrecht und unser Codex den casum intercessionis und principalis coobligationis zusammen." Wir kommen hiedurch zu dem Resultate, daß auch die principalis coobligatio ohne Einhaltung der gesetzlichen Form und abgesehen von dem bereits ausgeschiedenen Falle der versio in rem völlig unwirksam ist. Allein nach Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften ist erst noch zu unterscheiden, ob die Ehefrau die gemeinschaftliche Schuld unter solidarischer Haftung eingegangen habe oder nicht. Ist eine Schuldverschreibung von der Ehefrau mitunterzeichnet worden, selbstverständlich mit Anwendung der gesetzlichen Formen, in welcher sie mit oder neben dem Ehemanne als Prinzipalschuldnerinn solidarisch sich verpflichtete, so können zwei Momente unterschieden werden. Es ist nämlich erstens die Ehefrau correa debendi geworden, insoweit es sich um ihren Antheil handelt, sie ist aber auch Intercedentinn geworden, insoweit die Hälfte des vom Ehemanne geschuldeten Theils in Frage steht. Es stehen ihr nach oben allegirter Gesetzesstelle §. 33 die beneficia ordinis et divisionis zu. Ist aber der Ehemann insolvent geworden, so daß nur der Rekurs zu der ehefräulichen Coobligation übrig bleibt, dann ist nur mehr darauf zu sehen, ob die solidarische Haftung auch deutlich und bestimmt erklärt worden sei. Dieß ist der Sinn der Aeußerung B. Schmids controversia XXIII. Semic. I. Nr. 9: Imo si ambo conjuges *aperte* solidum promittant et sic correos debendi se constituant, licet ipso jure teneantur in solidum, habent tamen beneficium divisionis auth. hoc ita et Nov. 99 cap. 1 [2]) et in solidum conveniri non possint, nisi in casu, quo alter conjugum non existit solvendo. Wenn aber die Ehefrau nicht ausdrücklich ihre solidarische Haftung erklärt, sondern nur als Mitschuldnerinn sich bekannt

---

2) Uebereinstimmend mit der Erklärung dieser Stelle in Arndts §. 215 Anm. Puchta §. 235 not. o.

hat, wenn sie und ihr Ehegatte gemeinschaftlich z. B. als Darleiher figuriren, so ist vor Allem die Giltigkeit der Obligation durch den förmlich ausgesprochenen Verzicht auf die weiblichen Freiheiten bedingt. Diesen vorausgesetzt, haftet die Ehefrau pro rata. B. Schmid l. c. Eingangs Nr. 9: quia tales conjuges, qui se in eodem instrumento *aeque principaliter* obligant, non proprie correi debendi et promittendi sunt, sed obligantur solummodo *in partes* (nisi quisque eorum *solidum* promiserit.) In dem letztgedachten Falle ist eben die Ehefrau gar nicht Intercedentinn geworden, sie ist nur Mitschuldnerinn; wenn sie in solidum haften soll, so muß sie zum Theil, der über die Hälfte hinausgeht, Intercedentinn geworden sein, und hiezu konnte sie nur durch die bestimmt ausgesprochene und in der rechtsförmlichen Weise bekundete Erklärung der solidarischen Haftung werden. B. Schmid a. a. O. Nr. 11: Aliter se res habet ex statutis nostris provincialibus, quae mulieris obligationem cum et pro marito principaliter et accessorie (adhibitis tamen certis solennitatibus) interpositam efficacem reddunt, tametsi nihil in utilitatem ejus devenerit, sed cum nihil de hoc disposuerint, an et quando talis obligatio tendat in solidum, vel in partem merito id, quod in statutis localibus deest, suppletur ex jure communi, *ut cum marito principaliter obligata duntaxat pro parte virili, intercedendo autem sive fidejubendo in solidum teneatur*. Wir haben sonach in dem oben bemerkten Falle der solidarischen Haftung eine intercessio ficta insoweit die eine Hälfte in Frage steht, und hiedurch bei Insolvenz des Ehemanns die Haftung der Ehefrau in solidum aus diesem Grunde.

Nach dem oben sub c) ausgeschiedenen Falle betrifft die Schuldverschreibung einen beide Ehegatten gleichmäßig berührenden Zweck. Nehmen wir an, daß es sich um Schulden zu Zwecken des gemeinsamen ehelichen Erwerbs, zu gemeinschaftlichem Ankaufe eines Guts handle. Hier haben wir bereits bei Gelegenheit der Darstellung der Errungenschaftsgemeinschaft, sowie insbesondere der mit offenem Kram und Laden in Verbindung stehenden, die Grundsätze der eheräulichen Haftung zu entwickeln gehabt. Das Landrecht hat in §. 33 unter „drittens“ den hieher gehörigen Fall behandelt, in dem es Haftung des einen Ehegatten für den andern annimmt „wo sonst drittens

causa debendi etwa unter ihnen gemeinschaftlich ist, wie z. E. bei den Hochzeitskösten, oder den auf Belohnung der Heirathsunterhändler erlaufenen billigen Ausgaben, dann derentwegen gemachten Schulden und dergleichen." Die Gemeinschaftlichkeit der causa debendi muß offen liegen und hier wird nicht selten gestritten werden können. Die Schwierigkeit der Ausscheidung z. B. ob es sich um errungenschaftliche Gemeinschaft handle oder nicht, wurde mehrfach angedeutet.

Was endlich den Fall d) betrifft, nach welchem vorausgesetzt wird, daß die Schuldverschreibung gar nicht zu Gunsten der Ehegatten, sondern einer dritten Person eingegangen worden ist, so liegt hier eine reine Intercession vor, die nach den für diese zu entwickelnden Grundsätzen zu behandeln ist.

Unter allen Umständen haftet aber der mitverschriebene Ehemann in solidum, wie B. Schmid l. c. Nr. 12 bemerkt: quia totum praesumitur pervenisse ad maritum ut proinde ex naturali aequitate de in rem verso obligetur in solidum, quamvis forte ex natura contractus in partem tantum virilem obligatus fuisset.

Die Lehre des Landrechts findet ihre Bekräftigung im cod. jud. cap. XX. §. 6 quarto, welcher enthält: Kann sich keine Ehefrau jetzt bemeldter Vor- oder Unterpfandsrechte gegen die Creditores in folgenden Fällen mehr bedienen, wenn sie nämlich zu offenem Kram und Markt sitzt, offene Wirth- oder Gesellschaften hält u. s. w. . . . . . desgleichen, wenn sich das Weib in rechtsbehöriger Form entweder als Prinzipalschuldnerin mitverschreibt, oder gut stehet und sich anbei ihrer weiblichen Freiheiten begibt, welchenfalls sie jedoch nur jenen creditoribus in executione auszuweichen hat, zu deren Gunst die Renunciation geschehen ist."

Für beide Ehegatten gleichmäßig gilt im Falle der durch Mitunterschrift allein zu bewirkenden Coobligation die Bestimmung des Landrechts Th. IV. cap. X. §. 3: „Solchemnach ist 2^do^ nicht genug . . . . . oder da man 3^tio^ die Hauptobligation mitunterschreibt, sofern sich nicht in dem Context auf die von dem Subscribenten geleistete Bürgschaft ausdrücklich bezogen wird." Zwar könnte ein Ehemann wohl durch die Mitunterschrift den Consens zum eheträulichen

Darlehen zu erkennen geben, allein eine Haftbarkeit wird aus der bloßen Mitunterschrift nicht begründet. [3])

§. 46. Form der Coobligation und Intercession der Ehegattinn.

Aus Tit. I. art. 12 des Landrechts von 1616 ersehen wir, daß bis zum Jahre 1616 die Formen weniger streng waren, daß aber von da ab für die Coobligation und Intercession der Ehefrauen folgende Vorschrift eintrat:

a) Bei Bürgers= und Bauersfrauen mußte die Erinnerung der weiblichen Freiheiten und der Verzicht auf dieselben auf dem Lande vor den Gerichten und in Städten und Märkten vor dem Rath in Abwesenheit des Ehemanns geschehen „und alsdann ordentliche Schuldbrief aufgericht" werden.

b) Bei den Ehefrauen der Ritter, des Adels, der Doktoren, Geschlechter der 4 Hauptstädte [4]) mußte diese Erinnerung und dieser Verzicht in Abwesenheit der Ehemänner geschehen, aber es konnte „außerhalb des Gerichts durch einen sonderbaren Anweiser" (der ebenfalls eine gefreite Person sein mußte) und noch eine gefreite

---

3) Von der Kammer der Abgeordneten wurde in der Sitzung vom 28. Mai 1861 bei der Berathung und Beschlußfassung über die Anträge des Abgeordneten Dr. Barth: „Einige Abänderungen im Civilrechte betreffend" folgender Vorschlag des Referenten Dr. Arnheim angenommen: „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechts Jedermann auf sich nehmen, dem die freie Vermögensverfügung zusteht. Uebernimmt eine Ehefrau die Schuld eines Andern, sei es Nebenschuldnerin, sei es als Selbstschuldnerin neben dem Hauptschuldner, so ist hiezu die schriftlich ertheilte Einwilligung des Ehemanns erforderlich. Ist es die Schuld ihres Ehemanns, welche sie übernimmt, so wird außerdem zur Giltigkeit der Uebernahme die ausdrückliche Erklärung derselben in einer öffentlichen Urkunde gefordert. Alle entgegenstehenden Bestimmungen, insbesondere diejenigen, welche zur Giltigkeit der Intercessionen einer Frauensperson weitere Vorschriften erfordern, sind aufgehoben." Von der Kammer der Reichsräthe wurde jedoch vorgezogen die Bestimmungen über die Form der Intercession dem allgemeinen Civilgesetzbuche vorzubehalten und deßhalb vorstehender Vorschlag abgelehnt (Sitzung vom 19. Okt. 1861) dagegen nach Antrag des Referenten Dr. v. Bayer der Zusatz zu der Bestimmung über die Aufhebung der curatela sexus angenommen, der auch zum Gesetz erhoben wurde: „Die zur Zeit noch bestehenden Vorschriften über die Form der Intercessionen von Frauenspersonen leiden durch gegenwärtiges Gesetz keine Veränderung."

4) München, Landshut, Straubing, Burghausen. Diesen wurde auch Ingolstadt gleichgestellt. V. Schmid zu Tit. I. art. XII. Nr. 20.

Person die betreffende Urkunde gefertigt werden, welche mit „den Insigeln oder Wappen, Petschaften und Handschriften" der sämmtlichen Betheiligten zu versehen war. Konnte die Ehefrau nicht schreiben, so war außer dem Anweiser und dem Zeugen noch ein weiterer Zeuge gefreiten Standes beizuziehen.

Der Inhalt der weiblichen Freiheiten ist in Tit. I. art. 13 u. 14 dargelegt, und zwar 1) der Freiheit aus der auth. si qua mulier ad leg. 22 Cod. ad sen. Cons. Vellej 4, 29, die man kürzlich als die Freiheit (Rechtswohlthat) der Nullität und Ungiltigkeit der eheweiblichen Coobligation mit dem Ehemanne und Bürgschaft für den Ehemann bezeichnen kann, 2) der Freiheit des Vorgangs der eheträulichen Forderungen an den Ehemann für Heirathgut, Paraphernalgut, Widerlage und Morgengabe vor Forderungen anderer Gläubiger, in art. 13 kürzlich bezeichnet mit der „Freiheit des Vorgangs mit ihren heirathlichen Sprüchen."

Das Landrecht von 1756 bezeichnet den Inhalt beider Freiheiten (beneficia) in Th. I. cap. VI. §. 34 primo: „Kommt der Ehefrau, welche sich mit oder ohne Verpfändung ihrer Güter für ihren Ehewirth bürgschaftsweis oder neben ihm als Selbstschuldnerin verschreibt, eine doppelte Freiheit zu, nämlich, daß erstlich eine solche Verschreibung obverstandnermaßen nicht giltig ist, zweitens derselben ihrer heirathlicher Sprüchen halber nach mehreren Ausweis des cod. judiciarii der Vorgang in concursu creditorum gebührt." Daß die Verpfändung hiebei nichts an der Sache ändert, ergibt sich aus der accessorischen Natur derselben, da ohne obligatio principalis sie nicht bestehen kann. Wenn hier in materieller Beziehung die Lehre von der Intercession nicht weiter erörtert wird, so rechtfertigt sich dieses von selbst dadurch, daß hier nur jene vermögensrechtlichen Eigenthümlichkeiten und Besonderheiten zur Sprache kommen sollen, die mit der Ehe zusammenhängen, daß aber die Lehre von der Intercession außerhalb dieser Sphäre liegt. Will nun troß der schützenden beneficia, welche das Gesetz für die Ehefrauen schuf, dieselbe mit ihrem Ehemanne sich coobligiren oder für denselben sich verbürgen, so hat das bayer. Landrecht die Renunciation zugelassen, jedoch die Einhaltung jener Formen verfügt, die schon im ältern Landrechte enthalten waren. Auch hier wird unterschieden, ob es sich von siegel-

mäßigen oder nicht siegelmäßigen Personen handle. Für beide gleich gilt die Bestimmung über den Inhalt der Erinnerung (Certioration), welche an die Ehefrau zu richten ist und die Vorschrift der Abwesenheit des Ehemanns bei der Erinnerung §. 34 secundo. Die Erinnerung soll eine „deutliche und unterschiedliche" sein (qui bene distinguit, bene docet), sie soll enthalten „was ein- so andere Freiheit eigentlich mit sich bringt" (was jeder besonders eigen ist); es sollen insbesondere nach Ziff. 3 l. c. an die Ehefrau drei Fragen gerichtet werden: „Ob sie willig daran komme oder von ihrem Ehemanne gezwungen worden sei? ob es nicht ihr oder ihren Kindern zum Schaden gereiche? (daß sie renuncirt) und endlich ob sie sich beider Freiheiten oder nur einer allein begeben wolle?" Hat die Erinnerung mit dem Erfolge des Verständnisses der weiblichen Rechtswohlthaten und der Bejahung der gestellten Fragen stattgehabt, so soll nach dem Landr. v. 1756 l. c. quarto „die Certioration von der Obrigkeit allzeit protokollirt und da die Summe mehr als 50 fl. betrifft, ordentlich verbrieft, unter siegelmäßigen Personen 5to ein schriftliches Instrument darüber errichtet, und sowohl von der Frau selbst, wenn sie schreiben kann, als dem Anweiser und noch einer andern gefreiten Person mit unterschrieben und gefertigt werden." Diese Bestimmungen nun haben in Folge neuerer Gesetze erhebliche Abänderung erfahren. Zuerst durch das Edikt vom 26. Mai 1818 über die Siegelmäßigkeit (Beil. VIII. zur Verfassungsurkunde), dessen §. 3 bestimmt: „Eine siegelmäßige Person weiblichen Geschlechts, welche für Jemand Bürgschaft leistet oder sich als Selbstzahler verschreibt, kann ohne Mitwirkung der Obrigkeit auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten, nachdem sie darüber durch einen besondern und hinreichend verständigen Anweiser in Anwesenheit eines Zeugen belehrt worden, in einer von ihr, dem Anweiser und dem Zeugen unterschriebenen Urkunde Verzicht leisten." Vor Allem ist nach dem allgemeinen Ausdrucke für „Jemand" nicht zu bezweifeln, daß sowohl die auth. si qua mulier (Coobligation mit dem oder Bürgschaft für den Ehemann) als das Senatus Consultum Vellejanum (Bürgschaft für einen Dritten) getroffen werden wollte. Es wurde aber darin eine abweichende Bestimmung vom bayer. Landr. l. c. statuirt, daß nach dem Verfassungsedikte nicht mehr eine „gefreite" d. i. siegelmäßige Person neben dem

siegelmäßigen Anweiser als Zeuge zu fungiren hatte, sondern nur überhaupt ein Zeuge bedingt wurde, der jedoch zeugschaftsfähig sein muß und nicht weiblichen Geschlechts sein kann.[5]) Die neueste Gesetzgebung hat im Notariatsgesetze vom 10. Nov. 1861 Art. 150 Abs. 2 bestimmt, daß das Vorrecht der Siegelmäßigkeit bezüglich der nichtstreitigen Rechtspflege aufzuhören habe, woran sich reihen die Art. 16 des Inhalts: „Rechtsgeschäfte, zu deren Giltigkeit bisher zwar keine richterliche Prüfung oder Bestätigung, jedoch eine gerichtliche Aufnahme oder siegelmäßige Fertigung erforderlich war, können fortan giltig nur von einem Notar errichtet werden", dann Art. 20: „Wo das Gesetz bei gewissen Rechtsgeschäften eine Belehrung (Certioration) vorschreibt, kann solche von dem Notare, welcher die Urkunde errichtet, ertheilt werden." Nach diesen Bestimmungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Unterscheidung a) zwischen Schulden unter und über 50 fl. und b) zwischen den bei siegelmäßigen und andern Ehefrauen vorkommenden Coobligationen und Intercessionen überflüssig geworden ist. Denn ad a) war so wohl bei der Verbürgung oder Coobligation hinsichtlich einer 50 fl. nicht erreichenden Summe, als bei höhern Summen die gerichtliche Aufnahme vorgeschrieben, der nur bei geringeren Summen nach dem cod. civ. l. c. nicht die Ausfertigung des Schuldbriefs folgen mußte. Es sind deßhalb jetzt in beiden Fällen notarielle Urkunden aufzunehmen. Ob sich die Betheiligten damit begnügen, daß die Urschrift beim Notare aufbewahrt werde, Art. 82 des Notariatgesetzes, oder ob sie eine Ausfertigung verlangen, das ist Sache der Interessenten. Nirgends enthält das Notariatsgesetz eine Bestimmung über die Nothwendigkeit eine Ausfertigung zu verlangen. Eine andere Frage ist aber, ob bei Bürgschaften der Ehefrauen die Ehefrau nach Art. 22 des Notariatsgesetzes einer Privaturkunde die Eigenschaft einer Notariatsurkunde dadurch verleihen könne, daß sie dieselbe bei einem Notare hinterlegt. Diese Frage ist zu verneinen. Denn die gerichtliche Aufnahme, an deren Stelle nun die Notariatsurkunde trat, hat die Beurkundung der geschehenen Certioration zum Zwecke. Dieser Zweck

5) Vgl. die vortreffliche Abhandlung v. Arnolds: das Vorrecht der Siegelmäßigkeit in Bayern in dessen praktischen Erörterungen Nr. XX. S. 469.

kann aber jetzt, nachdem das Vorrecht der Siegelmäßigkeit hinweggefallen ist, also auch das mit derselben verbundene Recht der Certioration durch einen Siegelmäßigen, nur bei dem Notare erreicht werden. Der Notar ist jetzt die ad certiorandum aufgestellte amtliche Person. Wesentlich wird sein, daß der Notar die Abwesenheit des Ehemanns, das Verständniß der Ehefrau hinsichtlich der erfolgten Belehrung über die einzeln zu benennenden Freiheiten und deren Erklärung auf die drei Fragen (s. oben) konstatire. Indessen hat das bayerische Landrecht durch eine clausula salutaris die Richtigkeit solcher Urkunden abgewendet, welche nicht „in obverstandener Maaß" errichtet wurden, indem es sub sexto a. a. O. vorschreibt: „indessen wird besagtem Instrument, worin von beschehener Certioration ausdrückliche Meldung geschiehet, solange geglaubt, bis das Widerspiel sattsam erwiesen ist. Vgl. hiezu annot. ad §. 34 Ziff. 4. Nach Art. 73 des Notariatsges. müssen die Notariatsurkunden in deutscher Sprache abgefaßt werden, selbstverständlich wird eine Urkunde dadurch, daß sie den Ausdruck Authentica si qua mulier einfließen läßt, noch nicht zur undeutschen, allein es läßt sich, wie schon das Landrecht von 1616 gezeigt hat, sehr gut eine Beschreibung der weiblichen Rechtswohlthaten geben, ohne hiebei der auth. si qua mulier und des sen. cons. Vellej. erwähnen zu müssen.

Eine weitere Aenderung hat das Ldr. l. c. §. 34 septimo erfahren, worin verordnet wird: „Halt man jene Obrigkeit hierinfalls für die ordentliche, worunter die Ehefrau ihrer Person oder Güter halber, sofern solche mitverschrieben werden, gehörig ist."

Die Grenze der Competenz der Notare in räumlicher Beziehung ist lediglich durch Art. 9 des Notariatsgesetzes bestimmt, wonach sie außerhalb ihres Bezirksgerichtssprengels Amtshandlungen nicht vornehmen dürfen. Hieraus folgt wohl von selbst, daß anderseits den Ehefrauen keine Verpflichtung mehr obliegt, vor diesem oder jenem Notare die Renunciation auf die weiblichen Freiheiten zum Zwecke einer Intercession oder Coobligation und die Erklärung der letzteren selbst zu geben. Denn es gibt keinen Notar unter welchen die Ehefrau „ihrer Person oder Güter halber gehörig ist." Vergleicht man den Art. 18 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861, so ergibt sich die Gewißheit, daß die Notare zur Aufnahme fraglicher

Beurkundigungen kompetent seien. Nach Art. 18 des G.-V.-G. umfaßt die Zuständigkeit der Stadt- und Landgerichte nach Ziff. 4 ibidem alle Gegenstände der nicht streitigen Rechtspflege, welche nach den bestehenden Gesetzen eine gerichtliche Prüfung, Bestätigung oder überhaupt eine Beschlußfassung erfordern. Von einer causae cognitio oder Beschlußfassung ist aber bei der hier in Frage stehenden Insinuation keine Rede und eben deßhalb gar nicht zu bezweifeln, daß hier ein Geschäft vorliegt, das in die notarielle Zuständigkeit fällt. Weitere Bemerkungen in diesem Betreffe müssen der Erörterung über die Schenkung unter Ehegatten vorbehalten werden.

Bei Coobligationen mit andern Personen, resp. Intercessionen für andere Personen als die Ehemänner, versteht sich die Nothwendigkeit der Mitunterschrift, beziehungsweise des Consenses des Ehemanns nach Ldr. Th. I. cap. VI. §. 27 von selbst, sie ist aber auch in Landr. Th. IV. cap. X. §. 26 bei Vermeidung der Nullität vorgeschrieben per verba „wo beinebens aber auch bei einer Ehefrauen, welche sich für andere interponirt, des Mannes Mitfertigung in dem Renuntiationsinstrument bei Vermeidung der Nullität erforderlich ist."

§. 47. Verträge unter Ehegatten.

Nach Landr. Th. I. cap. VI. 30 ist in völliger Uebereinstimmung mit dem gemeinen römischen Rechte verordnet: „Kauf, Tausch, Miethe, Darlehen, Pfandschaft, Hinterlag und all andere Handlungen sowohl von Tod wegen als unter Lebendigen, welche nicht in denen Rechten besonders ausgenommen seynd, haben unter Eheleuten auf die nämliche Art, wie bei anderen Platz." Angesichts der Rechte am Heirath- und Paraphernalgut, welche dem Ehemanne zustehen, gewinnt die obige Rechtsregel vorzugsweise praktische Bedeutung in Hinsicht auf das Rezeptizgut der Ehefrau. In den annot. ad h. l. wird die Frage aufgeworfen, ob die Ehefrau eines Curators ad actum specialem bedürfe und dieselbe mit Recht verneint.[6] Der Landtagsabschied

6) B. Schmid zu Tit. I. art. 16 Nr. 40 sagt: quia vero in statutis nostris bavaricis ad contractum uxoris non mariti auctoritas *(quia uxoris tutor aut curator non est)* sed nudus consensus requiritur, non dubitamus, contractum

vom 10. Nov. 1861 §. 28 Ziff. 1 enthält: „Die auf Gesetz oder Herkommen beruhenden Bestimmungen wodurch Frauenspersonen lediglich ihres Geschlechts wegen bei der Vornahme von Rechtsgeschäften oder bei Führung von Prozessen an die Mitwirkung von Pflegern oder Beiständen gebunden werden, sind aufgehoben."

Allein diese Bestimmung hat keine Beziehung hieher, weil es sich hier nicht um das Geschlecht, sondern um die Stellung der Ehefrau gegenüber dem Ehemanne, um die eheherrliche Gewalt, fragt. Es ist auch im Referate des Dr. Arnheim Beil. Bd. V. S. 45. Dieses bemerkt: „weil selbstverständlich die eheherrliche Gewalt einen andern Boden hat, als die bloße Verbeistandung des Geschlechtes wegen."

§. 48. Schenkung unter Ehegatten.

Alle Rechtsgeschäfte unter Ehegatten sind erlaubt, während nur Schenkungen unter denselben verboten sind und zwar so, daß dieselben ipso jure null sind, wenn nicht deren Giltigkeit durch Zusammentreffen der besonderen in den folgenden Paragraphen erörterten Bestimmungen ausnahmsweise gesetzlich zugelassen ist. Das Landrecht in Th. I. cap. VI. §. 31 sagt: „Donationes simplices, das ist solche Schankungen, welche unter obverstandenem Titul der Morgengab, donatio propter nuptias arrhae vel largitatis sponsalitiae nicht gemacht worden, seynd unter Eheleuten von keiner Giltigkeit." Es wird sonach hier bloß dem allenfalls möglichen Mißverständnisse vorgebeugt, die vorbemerkten Zuwendungen des Ehemanns an die Ehefrau gleichfalls unter die verbotenen Schenkungen zu zählen, im Uebrigen ganz allgemein die Regel der Ungiltigkeit hingestellt. [7])

inter maritum et uxorem bona fide, sine dolo, vi et metu initum valere cum utique mariti consensus accedat. Jedoch gibt er den von Kreittmayr wiederholten Rath, zur Vermeidung von Verdacht, einen Beistand für die Ehefrau beizuziehen. Allein diese Beiziehung ist keineswegs de necessitate.

7) Wie alt dieses Verbot sei, bezeugt Ulpian zugleich mit dem sittlichen Grunde desselben in anziehender Weise in l. 1 u. l. 3. pr. Dig. de donat. inter virum et uxorem, XXIV., 1.: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate . . . Haec ratio et oratione Imperatoris nostri Antonini Augusti electa est,

Was nun vor Allem den Begriff der Schenkung anlangt, so ist hervorzuheben, daß es sich hier um Schenkungen unter Lebenden ausschließend handle. Zur Beseitigung jedes Zweifels bemerken die annot. ad h. l. Eingangs, daß Schenkungen „während der Ehe" hier besprochen werden.

Ausgeschlossen sind hiedurch jene Schenkungen, welche erst durch den Tod des Schenkers zu Kräften kommen sollen, die donationes mortis causa, Landr. Th. III. cap. VIII. §. 1 und annot. ad h. l. Ziff. 5 lit. a, dann Ldr. Th. III. cap. II. §. 1 primo. Die Wirksamkeit der Schenkung muß schon durante matrimonio beginnen, woran freilich nach der letztallegirten Stelle secundo der bloße Aufschub der Exekution, wenn die Handlung der Schenkung schon zu Kräften gekommen, oder tertio l. c. die Beifügung einer Bedingung nichts ändern soll. Der Begriff der Schenkung ist in Ldr. Th. III. cap. VIII. §. 1 bestimmt und lautet: „Handlungen, wodurch man aus bloßer Gnad und Freigebigkeit ohne Entgelt etwas von dem andern erlangt, werden Schenkungen genannt." Der Grund des Verbotes der Schenkungen unter Ehegatten, welcher im bayerischen Landrechte genau derselbe, wie im römischen Rechte ist, paßt nur auf Schenkungen unter Ehegatten während der Dauer der Ehe. Geschieht die Schenkung vor dem Anfang der Ehe oder nach dem Ende derselben (im Fall der Scheidung) so ist sie giltig, ebenso wie die mortis causa donatio, [8]) weil eben diese letztere erst durch den frühern Tod des Gebers volle Bestätigung erhält. Uebereinstimmend mit dem an die Spitze gestellten Begriffe des bayer. Landrechts ist auch dann eine ungiltige Schenkung nicht vorhanden, wenn die vermeintliche Ehe aus Rechtsgründen nicht als Ehe angesehen werden kann. [9])

---

nam ita ait: Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

8) Vgl. Savigny System des Römischen Rechts Bd. IV. S. 169 u. S. 171 Nota m.

9) l. 3 §. 1 Dig. de donat. inter virum et uxorem 24, 1 . . . si aliquod impedimentum interveniat ne sit omnino matrimonium, donatio valebit. Savigny a. a. O. S. 167.

Nicht minder vereinigen sich mit dem Schenkungsbegriffe nach bayer. Landrecht die Aufstellungen, welche v. Savigny a. a. O. über die Eigenschaften dieses Rechtsgeschäftes macht, wonach dasselbe sein muß

a) ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, also eine positive Handlung, so daß ein bloßes Unterlassen, wenn nicht ein verstecktes Handeln darin enthalten ist, nicht als eigentliche Schenkung erscheint und wonach jede Succession für den Todesfall als nicht unter diesen Begriff fallend erachtet wird. Savigny a. a. O. S. 19 u. ff.

b) Es muß etwas aus einem Vermögen ausscheiden und in das andere hinübergehen, und der letzte Erfolg dieser Veränderung darin bestehen, daß das Vermögen des Schenknehmers vermehrt, des Gebers vermindert wird. Veräußerung einer- und Bereicherung anderseits sind hienach erforderlich. Die Anmerkungen zu Th. I. cap. VI. §. 31 Ziff. 1 bemerken in dieser Beziehung „und wird also z. E. für keine Schenkung gehalten, wann der Ehemann die Erbschaft zu favor der ihm hierin substituirten Ehefrauen repudiirt, weil er dadurch nicht ärmer wird." Eine Reihe weiterer Fälle s. in Savigny a. a. O. S. 29 — 53.

c) Das Moment der Bereicherung wird von Savigny um deßwillen von der bloßen Veräußerung, die auf der andern Seite einen Vermögenserwerb bewirkt, unterschieden, weil das Rechtsgeschäft von der Art sein kann, daß dadurch nicht der Umfang des Vermögens erweitert, sondern nur die Ausübung und Verfolgung vorhandener Rechte gesichert wird. Savigny a. a. O. S. 53 zählt hieher u. A. den für unsere Lehre wichtigen Fall der Bestellung einer dos durch die Ehefrau selbst, weil die Frau dazu naturaliter verpflichtet ist, dann aber auch aus dem weiteren Grunde, weil der Mann aus dem Ertrage die Frau zu ernähren hat. Savigny S. 82. Hier ist eine Schenkung nicht vorhanden. Die Fälle einer Verpfändung einer Sache für eine fremde Schuld, sowie der Uebernahme einer Bürgschaft, will Savigny am alleg. Orte S. 55 nicht als Schenkungen gelten lassen. Allein wir können trotz des bestimmten Ausdrucks in den Rechtsquellen das nachbemerkte Bedenken nicht verhehlen. Savigny gibt nämlich zu, daß eine Schenkung für den Schuldner in den zwei letztgenannten Fällen vorliegen kann, will aber wegen der

Fortdauer der Prinzipalschuld keine Schenkung an den Gläubiger darin erblicken. Setzen wir nun den Fall, daß die Ehefrau Gläubigerin des A für 1000 fl. sei und der Ehemann für diese Schuld Bürgschaft geleistet oder Sicherheit mittelst Hypothek bestellt habe, daß A insolvent ist und sofort der Bürge oder das Pfand angegriffen und hiedurch die Befriedigung der Ehegattinn herbeigeführt wird, so kann man sich doch nicht darauf berufen, daß die Forderung gegen A noch fortbestehe. Faktisch ist diese werthlos und wurde die Totalität des Vermögens des Ehemanns um einen Betrag gemindert, der der Ehegattinn zu Gute kam. Zu den beiden Momenten der Veräußerung und Bereicherung braucht hier bloß noch die entsprechende Absicht zu kommen, und diese kann hier nicht schon von vorneherein als nicht vorhanden bezeichnet werden.[10])

d) Das letzte hieher gehörige Moment bildet die auf die Bereicherung gerichtete Absicht des Gebers, zumeist auch aber nicht durchaus nothwendig des Empfängers. Savigny a. a. O. S. 77—104.

Dieses Moment fehlt in den Fällen, von welchen die Anmerkungen l. c. sprechen, indem sie hervorheben: „über dieß erstreckt sich solches auf bloße Ehrenschankungen nicht, welche man am Geburts-, Namens-, neuen Jahrstag und dergleichen Zeiten auf gewöhnliche Art[11]) zu machen pflegt, vielweniger geht sie auf donationes remuneratorias reciprocas, so weit eine Proportion und Gleichheit hierin anzutreffen ist, deßgleichen, wann zu Erbauung eines abgebrannten Hauses oder Erlangnng einer Würde etwas geschenkt wird." Vgl. auch Glück Pand. Comm. Bd. XXVI. S. 27 u. ff.

Anderseits kann das letzterwähnte Moment vorhanden sein, wenn in Einer und derselben Handlung zum Theil eine Schenkung, zum Theil ein anderes Rechtsgeschäft liegt, da z. B. ein Kauf in der

---

10) Savigny stützt sich auf den bestimmten Ausspruch Ulpian's in l. 1 §. 19 si quid in fraud. patroni factum sit (38, 5) dort heißt es: . . . . . neque enim donavit aliquid mihi, si pro aliquo intervenit qui non fuit solvendo, eoque jure utimur . . . Vgl. die Bemerkung am Schlusse dieses Paragraphen.

11) Durch die Worte „auf gewöhnliche Art" soll angezeigt werden, daß die Ueberschreitung der Summe von 1000 fl. durch derartige Schenkungen nicht vermittelt werden darf.

Absicht abgeschlossen wurde, um durch einen hinter dem Werthe zurückbleibenden Kaufpreis dem andern Ehegatten ein Geschenk zu machen (emtio venditio mixta cum donatione — negotium mixtum.) Die Absicht der Bereicherung ist hier das Entscheidende. Savigny a. a. O. S. 101 zählt hieher auch den Kauf, worin dem Verkäufer jede Verpflichtung wegen der Eviktion erlassen wird. Er bemerkt: „Dieser Nebenvertrag ist reine Schenkung, weil dadurch der Käufer den vollen Sachwerth ohne Ersatz verlieren kann; daher ist unter Ehegatten dieser Nebenvertrag ungiltig; der Kauf selbst bleibt giltig.“ Wenn aber auf das Verlieren können Rücksicht genommen wird, wie wir dieses oben bei der Frage der Verpfändung einer Sache und der Bürgschaft gethan haben, so sehen wir nicht ein, warum v. Savigny dieses Motiv bloß hier und nicht auch dort anschlagen lassen will.

§. 49. Schenkung unter Ehegatten. Fortsetzung.

Die Regel, daß Schenkungen unter Ehegatten ungiltig seien, hat erhebliche Ausnahmen. Die Betrachtung der letzteren dürfte erleichtert werden, wenn man die Schenkungen unter oder von 1000 fl. und über diese Summe hinaus aus einanderhält.

Die Giltigkeit von Schenkungen unter Ehegatten bis zu 1000 fl., diese Summe miteingeschlossen, ist vor Allem gesetzlich zugelassen, wenn beide Ehegatten ohne eheliche Descendenz sich befinden und zwar gleichgiltig ob aus dieser oder einer vorigen Ehe §. 31 cit. primo. Die Rücksicht auf die Kinder wird vom Gesetze so weit ausgedehnt, daß die spätere Geburt eines ehelichen Sprößlings während der Dauer dieser Ehe rückwärts wirkt und durch supervenientia liberorum nachträglich die außerdem wirksame Schenkung kraftlos und als gar nicht geschehen betrachtet wird. Ldr. l. c. tertio. 12)

12) Die genaueren Bestimmungen über die Revokation der Schenkung wegen supervenientia liberorum und der Ausnahmen, die hiebei stattfinden, gehören in das Kapitel über die Schenkung, das hier nicht nach seinem ganzen Umfange behandelt werden kann. Vgl. über den letzt angeregten Punkt die ausführlichen Anordnungen in Ldr. Th. III. cap. VIII. §. 16, dann die annotationes ad h. l. und insbesondere die Bemerkung in den annot. ad h. l. lit. k. „Donationes inter conjuges sind nicht nur jure communi von gegenwärtiger Verordnung nicht ausgenommen, sondern vielmehr jure statutario ausdrücklich hierunter begriffen.“

Hinsichtlich der Schenkung unter Ehegatten besteht seit der Zeit der Glossatoren eine Streitfrage, ob die Schenkung durch obligatorischen Vertrag (Schenkungsversprechen) Wirksamkeit äußere, oder ob die Tradition der geschenkten Sache hinzutreten müsse. Obgleich nun die bedeutendsten Rechtslehrer der neuern Zeit, so insbesondere Puchta [13]) und Savigny a. a. O. S. 183 — 191 sich für die erste Alternative aussprechen, [14]) so ist doch im bayer. Landr. diese Controverse bestimmt entschieden und die zweite Alternative gutgeheißen, somit festgesetzt worden, daß „zur beständigen Kraft einer Schenkung unter Ehegatten erfordert wird, daß sie mittels wirklicher Uebergab zum Stand gekommen." Hienach haben Schenkungsversprechungen unter Ehegatten, selbst im Falle der Kinderlosigkeit oder des Vorabsterbens des schenkenden Theils keine Wirksamkeit. Ldr. a. a. O. tertio und Anmerkungen Ziff. 3 am Ende.

Sind nun die angegebenen Voraussetzungen vorhanden, so zeigt sich aufs Neue das Widerstreben des Gesetzgebers, der Schenkung unter Ehegatten Halt und Bestand zu gewähren, darin, daß er den Eheleuten die Befugniß einräumt, jeder Zeit die einander gemachten Schenkungen zu widerrufen, l. c. §. 31 Nr. 3. Der Widerruf kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen, so insbesondere durch Veräußerung oder Verpfändung der geschenkten Sache, falls nicht der Schenkgeber durch deutliche Verwahrung die tacita revocatio ausgeschlossen hat. Ldr. l. c. §. 31 Ziff. 8 u. Anmerkungen a. a. O. Ziff. 8. Ueber die Form der Willenserklärung beim Widerrufe vgl. v. Savigny a. a. O. S. 183. „Dazu ist nicht etwa die Anstellung einer Klage erforderlich, jede formlose Willenserklärung genügt, wird jedoch auch durch eine neue Willensänderung entkräftet." Nach gemeinem Rechte wird eine durch den Eid bekräftigte Schenkung unwiderruflich. Glück Pand. Comm. Bd. IV. S. 557 §. 341 a. E. B. Schmid ad tit. I. art. 1 Nr. 115, allein nach bayerischem Rechte in cod. jud. cap. XIII. §. 7 wird dem juramento promissorio in foro externo niemals so viel Kraft beigelegt, daß derselbe aus widerruflichen Handlungen unwiderrufliche machen kann, sondern es soll die Haupthandlung selbst, wie sie immer Namen

13) Vorlesungen Bd. II. S. 296 (IV. Aufl.)

14) Ein bündiges Resumé bei Dollmann in den Bl. f. R.-A. Bd. VII. S. 330.

haben mag, allzeit bleiben, wie sie ist. Auch die Auflösung der Ehe wegen Ungiltigkeit (Ldr. Th. I. cap. VI. §. 44), sowie die verschuldete Ehescheidung (Ldr. Th. I. cap. VI. §. 43) bewirkt den Rückfall der Geschenke, wovon weiter unten. „Ein anderes ist darin, was der Schuldige dem Unschuldigen geschenkt hat, dann dieses fallt per divortium allein nicht hinweg, sondern wird morte donatoris nichts desto weniger confirmirt, sofern es nicht auf andere Art widerrufen worden." Anmerkungen zu Ldr. Th. I. cap. VI. §. 31 Ziff. 8.

Es entsteht die Frage, ob eine Schenkung unter Ehegatten vom Donator für unwiderruflich erklärt werden könne. Diese Frage kann lediglich nach dem ausgesprochenen Grunde des Gesetzes beantwortet werden. Die wahre eheliche Gesinnung wird, wie Puchta in den Vorlesungen zu den Pand. Bd. II. S. 293 schön bemerkt, zur rechtlichen Nothwendigkeit erhoben. Dieser entspricht aber die Verbindlichkeit des donator, auch bei geänderten Verhältnissen die Schenkung bestehen zu lassen, in keiner Weise. Die Gestattung des Widerrufs ist so recht der donatio inter conjuges eigen, daß wir mit Aufrechthaltung des Verbots der Schenkung auch die Widerruflichkeit aufrecht halten müssen. Das Gesetz gibt auch in keiner Weise zu erkennen, wie es außerdem müßte, daß dem Belieben des donator es überlassen bleibe, die bis zu seinem Tode unbeständige und revokable Schenkung in eine irrevokable zu verwandeln.

§. 50. Schenkung unter Ehegatten. Fortsetzung.

Alle bisher erörterten Bestimmungen gelten auch bezüglich der Schenkungen, welche den Betrag von Eintausend Gulden Landeswährung übersteigen. Es sind jedoch diese noch an die weitere Voraussetzung vom Gesetze geknüpft, daß sie bei „ordentlicher Obrigkeit insinuirt" worden sei. Hinsichtlich der genauern Vorschriften über die Insinuation verweisen die Anmerkungen auf Th. III. cap. VIII. §. 7. Unter Insinuiren wird das actis, gestis insinuare (zum Gerichtsprotokolle bekunden) das Errichten coram actis judicialibus verstanden.[15] Die Vorschrift der Insinuation, wie überhaupt die meisten Beschränkungen der Schenkung entstanden zuerst bei der Schenkung

15) Vgl. Windscheid, Pandekten §. 72 Nota 4. Anmerkungen zu Th. III. cap. VIII. §. 7 Eingangs.

unter Ehegatten und wurde erst später auf alle Schenkungen über Eintausend Gulden erstreckt. Die Schenkung über Eintausend Gulden ist nach Vorschrift des Ldr. Th. I. cap. VI. §. 31 quarto bei jener Obrigkeit zu insinuiren „worunter der schenkende Theil seiner Person halber zu stehen hat.“ Nach Ldr. Th. III. cap. VIII. §. 7 handelt es sich aber nicht um bloße Kundgabe der Schenkung zu den Akten, um das sogenannte „Aktenmäßigmachen“ sondern nach Ziff. 5 l. c. „soll die obrigkeitliche Bestätigung andergestalt nicht als praevia cognitione causae, das ist nach vorläufiger Einsicht der donation und genugsamer Ermäßigung aller hierunter zu betrachten kommender Umstände ertheilt werden, damit so leichterdings keine Verschwendung oder andere zu Präjudiz eines Dritten gereichende Ungebühr mitunterlaufen möge.“ Nach den Bestimmungen über das Notariat müssen nothwendig jetzt das insinuare ad acta und die auf cognitio causae gestützte Bestätigung durch den judex domicilii donatoris scharf auseinander gehalten werden. Für die Aufnahme der in Frage stehenden Willenserklärung ist zweifellos die Competenz der Notare begründet (Art. 16 des Notariatsgesetzes, und Art. 11 Ziff. 1) allein die Bestätigung nach vorgängiger causae cognitio bleibt Sache des Richters für nichtstreitige Rechtspflege, dem nach Art. 18 Ziff. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes vorbehalten sind, „alle übrigen Gegenstände der nicht streitigen Rechtspflege, welche nach den bestehenden Gesetzen eine gerichtliche Prüfung, Bestätigung oder überhaupt eine Beschlußfassung erfordern.“ Nicht die Aufnahme der Willenserklärung kann dem bezeichneten Richter zustehen, denn nach Art. 16 des Notariatsgesetzes muß diese sogar bei Strafe der Nichtigkeit vor dem Notare abgegeben werden, sondern nur die Cognition und Confirmation. Der Notar hat hienach vor Hinausgabe der Urkunde, welche eine Schenkung über Eintausend Gulden enthält, die Urschrift zur Einsicht und Bestätigung dem Richter für nichtstreitige Rechtspflege vorzulegen.[16]) Wenig konsequent verfuhr das bayer. Landrecht, indem

16) Anderer Meinung ist Zink in Dollmann's Gesetzgebung (Comm. zum Notariatsgesetz) Band III. S. 406, welcher die insinuatio und cognitio causae nicht auseinanderhält. Daß übrigens ein Notar, wenn er nach Ldr. l. c. §. 8 octavo fünf Zeugen beizieht, die cognitio causae durch das Gericht umgehen kann, ist aus dem Folgenden ersichtlich.

es sowohl die großen Schenkungen unter Ehegatten, als die übrigen Schenkungen, welche vor fünf Zeugen geschehen, sowohl der insinuatio ad acta judicialia als der causae cognitio und confirmatio überhob. Denn, wenn auch in §. 31 l. c. wie in Th. III. cap. VIII. §. 8 nur die Insinuation für unnöthig erklärt wurde, wenn die Schenkung vor fünf Zeugen geschah, so ist doch nirgends zu entnehmen, daß die causae cognitio bei einer solchen Schenkung nachfolgen müsse. Der allgemeine Ausdruck in §. 8 cit „obbemeldte Insinuation ist unnöthig“ weist darauf hin, daß Insinuation und Cognition hier vom Gesetzgeber in der Bezeichnung: Insinuation zusammengefaßt werden wollten. Jeden Zweifel entfernt aber die Entstehungsgeschichte dieser dem ältern Landrechte entnommenen Vorschrift. In Tit. I. art. 1 wird verordnet: „Wäre ihr (der Ehefrau) auch von ihrem Ehewürth etwas geschenkt worden, welches nit über tausend Gulden Rheinisch in Münz, oder da es darüber vor Gericht insinuirt, angebracht und eingeschriben, oder die Schankung in Beisein fünf Zeugen oder in dem Heirathgeding, bei welchem nicht weniger dann fünf Zeugen gewesen, beschehen, soll es ihr ebenfalls zustehen.“ Hier ist das bei Gericht Einschreiben und Anbringen allein, ohne causae cognitio et confirmatio erfordert; es wird dem Richter die oben berührte im neuen Landrechte enthaltene Verpflichtung der sorgfältigen Cognition, die auch eine Verweigerung des Insinuationsakts nach sich ziehen könnte, nicht auferlegt. Der Akt vor dem Richter der nichtstreitigen Rechtspflege wird aber völlig gleichgestellt dem Akte vor fünf Zeugen — einer Solennisirungsart, die auch beim Codizille gesetzlich zugelassen ist. Ldr. Th. III. cap. V. §. 6.

Hier ist noch zu berühren die Vorschrift in Ldr. Th. I. cap. VI. §. 31 sexto: „Verstehet sich obige Summa der tausend Gulden nur von einer einzigen, nicht aber von mehr unterschiedlichen Schankunkungen, sofern solche allem Ansehen nach bona fide und nicht in fraudem legis geschehen.“

§. 51. Schenkung unter Ehegatten. Schluß.

Gemeinsam für Schankungen unter und über Eintausend Gulden (die letztern heißen auch: immodicae, excessivae) gelten folgende Sätze:

a) Landr. Th. I. cap. VI. §. 33 quarto: „Dahingegen kann sich aber auch kein Ehegatt die ihm von dem andern Ehegatten gemacht und oben benannte donationes simplices [17]) zueignen, so lange nicht desselben Schulden völlig getilgt sind." Diese Bestimmung ist bereits im älteren Landrechte Tit. I. art. 10 enthalten. Hiebei kömmt es nicht darauf an, ob die Schenkungen frühern Datums als die Schulden sind oder nicht. Sowohl B. Schmid ad art. cit. Num. 23 u. 24 als Kreittmayr in den annot. ad §. 33 cit. Ziff. 4 lassen die Schenkung nicht gelten, wenn auch die Schulden erst später gemacht worden sind. Gleichgiltig ist ferner, ob es sich um die Revokation der Schenkung zu Gunsten von Gläubigern bei Lebzeiten oder nach Ableben des Ehemannes handelt. B. Schmid a. a. O.

b) Bezüglich der Rechtsmittel wodurch die Nichtigkeit der Schenkung zur Ausführung gebracht wird, ist in Ermanglung bestimmter Vorschriften des bayer. Landrechts auf die gemeinrechtliche Norm zurückzugreifen. Treffend wird dieselbe von Savigny, System Bd. IV. S. 175 in Nachstehendem gegeben: „Für viele Fälle bedarf es solcher Rechtsmittel gar nicht; bei der Schenkung durch Stipulation, wie Acceptilation, genügt die bloße Nichtigkeit an sich, indem durch die Stipulation keine Obligation entsteht, durch die Acceptilation die ursprüngliche Obligation nicht aufgehoben oder geschwächt wird. Es bedarf eines besondern Rechtsmittels nur da, wo zum Nachtheil des Gebers irgend eine Veränderung bereits eingetreten ist, deren Folgen jetzt aufgehoben werden sollen. Für diesen Zweck gelten zwei Rechtsmittel: eine Vindikation, wenn die geschenkte Sache noch vorhanden ist, so, daß bloß der Besitz dem Geber fehlt, eine Condiktion, wenn sich bei dem Empfänger nicht mehr die Sache selbst, wohl aber der Werth derselben vorfindet." L. 5 §. 18 Dig. de don. inter vir. et ux. XXIV., 1: In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave, cui donatum est, ut si quidem extet res, vindicetur: si consumta sit, condicatur, hactenus quatenus locupletior quis eorum factus est. Ueber den Beweis der Bereicherung, insbesondere die Beweislast, die Ausdehnung der Klage auf die Früchte der geschenkten Sache, vgl. Savigny a. a. O.

17) Donationes simplices zum Unterschiede von den durch das Gesetz besonders gezeichneten lucrativen Erwerbungen der Widerlage, Morgengabe, des Witthums.

c) Hier haben wir lediglich jene Eigenthümlichkeiten zu besprechen gehabt, die bei Schenkungen unter Ehegatten vorkommen. Es gibt aber andere, auch den an sich giltigen Schenkungen eigenthümliche Gründe, aus welchen Widerruf statthaft ist. So insbesondere die bereits berührte supervenientia liberorum, der Fall der Undankbarkeit des Beschenkten, die donatio inofficiosa, d. i. die zur Schmälerung der legitima der Notherben führende Schenkung, die Schenkung, welche zum Nachtheile der Schuldner geschehen mittelst der actio pauliana revozirt werden kann. Für alle diese Fälle muß auf das einschlägige Kapitel des bayer. Ldr. Th. III. cap. VIII. und die umfassenden Erörterungen v. Savigny's a. a. O. verwiesen werden und braucht hier nur in Erinnerung zu kommen, was schon oben bemerkt wurde, daß die alle Schenkungen (auch die an sich giltigen) berührenden Vorschriften um so gewisser bei den zumeist eingeschränkten Schenkungen unter Ehegatten anzuwenden sind.

Druck von J. P. Himmer in Augsburg.